



สารอุปนายกสภามหาวิทยาลัย

การเผยแพร่ผลงานวิชาการและผลงานวิจัยทางนิติศาสตร์สู่สังคมมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นการนำผลการศึกษาที่ได้ไปใช้ประโยชน์ในทางวิชาการ การเรียน หรือในทางปฏิบัติเพื่อจะเป็นแนวทางในการศึกษาวิชานิติศาสตร์ต่อไป วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์นี้ นับว่ามีความสำคัญและเป็นความภาคภูมิใจของมหาวิทยาลัยรามคำแหง เนื่องจากเป็นเวทีสำหรับการนำเสนอผลงานค้นคว้าวิจัยและผลงานทางวิชาการ เพื่อให้ นักกฎหมาย ได้เผยแพร่และแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมาย



ผมในนามของสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่านที่ได้เสียสละเวลาอันมีค่าในการจัดทำวารสารเล่มนี้ และขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้คุณจารย์ นักศึกษา ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน จงมีแต่ความสุข ประสบแต่สิ่งดีงาม สิ่งที่เป็นมงคล มีสุขภาพพลานามัยแข็งแรง สมบูรณ์ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บและภัยอันตรายทั้งปวง นึกถึงสิ่งใดขอให้สมความปรารถนา และที่สำคัญร่วมกันทำประโยชน์ให้กับมหาวิทยาลัยและประเทศชาติต่อไป

Handwritten signature of Chai Jumnant.

(นายชีพ จุลมนต์)

นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอแสดงความชื่นชมคณะนิติศาสตร์ ที่ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้น ซึ่งวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ นับได้ว่าเป็นวารสารที่มีคุณภาพด้านวิชาการทางนิติศาสตร์ จนได้รับการยอมรับในระดับชาติ ที่มีฐานข้อมูลปรากฏในศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย TCI 1 บทความวิชาการและบทความวิจัยที่ได้รับการตีพิมพ์ในวารสารฉบับนี้ นับว่าเป็นประโยชน์ต่อวงการนิติศาสตร์เป็นอย่างยิ่ง เพราะวารสารฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง

ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งبارมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใดขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ



Handwritten signature in black ink.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลามเจริญทรัพย์)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการเผยแพร่ผลงานวิจัยและผลงานวิชาการ เพื่อกระตุ้นให้นักศึกษา อาจารย์ และนักกฎหมายมีส่วนร่วมและสนใจในการทำผลงานวิชาการมากขึ้น จึงได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้น ซึ่งวารสารฉบับนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่แลกเปลี่ยนเรียนรู้ในองค์ความรู้ ความคิด ในสาขานิติศาสตร์ และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ในนามของคณะผู้จัดทำหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวารสารฉบับนี้ จักเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมาย นักศึกษาและบุคคลทั่วไปที่มีความสนใจทางด้านกฎหมาย

ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือรวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้ทุกท่านประสบแต่ความสุข ความเจริญ สุขภาพร่างกายแข็งแรง และให้สามารถทำหน้าที่ของท่านอย่างเต็มที่และอย่างดีที่สุด เพื่อสร้างประโยชน์สุขแก่สังคมและประเทศชาติสืบต่อไป



A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'ดร.บุญชาล ทองประยูร'.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.บุญชาล ทองประยูร)

รองอธิการบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย กรรมการสภามหาวิทยาลัย
รักษาราชการแทน คณบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษเพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่านอย่างใดก็ตาม กองบรรณาธิการยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ งานวิจัยของบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยในสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงานทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมาย

บทบรรณาธิการ

วารสารฉบับนี้ตีพิมพ์เผยแพร่ เป็นปีที่ 8 ฉบับที่ 2 โดยเนื้อหาของบทความภายในฉบับประกอบไปด้วยบทความวิชาการและบทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ที่มีความหลากหลายและน่าสนใจ ซึ่งแต่ละบทความล้วนผ่านกระบวนการคัดกรองจากกองบรรณาธิการและผ่านการพิจารณาประเมินบทความจากผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ เพื่อให้บทความมีคุณภาพเหมาะสมต่อการตีพิมพ์เผยแพร่ นอกจากนี้บทความท้ายเล่มยังเป็นบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกองบรรณาธิการต่างตระหนักและให้ความสำคัญในทุกๆ ขั้นตอนของการดำเนินงาน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อพัฒนาวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ให้ยังคงรักษามาตรฐานเป็นวารสารที่มีคุณภาพ สร้างคุณค่าให้กับวิชาการศึกษากฎหมาย ตลอดจนผู้อ่านทุกท่านให้ได้รับประโยชน์อย่างสูงสุดต่อไป

ในโอกาสนี้ ดิฉันในนามกองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็น ผู้เขียนบทความ ผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตลอดจนคณะทำงานทุกท่านที่ร่วมมือกันจนทำให้วารสารฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี และที่ขาดเสียไม่ได้ดิฉันขอขอบพระคุณ มูลนิธิรังสรรค์ แสงสุข เป็นอย่างสูง ที่ได้อนุเคราะห์สนับสนุนงบประมาณ จำนวน 100,000 บาท เพื่อใช้ดำเนินงานจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 จนสำเร็จเสร็จสิ้นตามเป้าหมายที่ตั้งไว้ อย่างดียิ่งทุกประการ

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิชาการ

“ผิคนัด” กับ “ผิคนัดสัญญา” เหมือนกันหรือต่างกันอย่างไร กำชัย จงจักรพันธ์	1
การตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์ นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์	17
ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐประชาชนจีน ยศพนธ์ นิตริจิโรจน์	37
การลักลอบค้าสัตว์ป่ากับองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ ชนกพร สุนนะเศรษฐกุล	67

บทความวิจัย

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอสังหาริมทรัพย์ กมลลา บัวยังยืน	99
ปัญหาการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม ปิยะรัตน์ แก้วงาม	133
การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในจุลชีพและสารสกัดจากสัตว์: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ ภูริดา จุลกะรัตน์	173
การคุ้มครองความลับทางการค้าในการดำเนินคดีอาญา รังสิมา ลัธนันท์	209
สิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฐิติรัตน์ ยะอนันต์	225
Problems Concerning Advantage of Seller under Sale of Goods Contract Pich Wittayarat	257

บทความรับเชิญ

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ผู้มีเงินได้ที่เป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา
ตามสัญญาเช่ากรณีผู้ให้เช่าจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้แก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน

301

สิดานันท์ ศรีวรรณกร

วรัญญา ตรงพิสุทธิ์ศักดิ์

“ผิดนัด” กับ “ผิดสัญญา”
เหมือนกันหรือต่างกันอย่างไร

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์

“ผิดนัด” กับ “ผิดสัญญา” เหมือนกันหรือต่างกันอย่างไร Default vs Breach of Contract : What are the differences?

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์*
Prof. Dr.Kumchai Jongjakapun

บทคัดย่อ

ผิดนัด โดยทั่วไปหมายถึงลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาผิดสัญญา คือลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามสัญญา การไม่ปฏิบัติตามสัญญาคือการไม่ชำระหนี้นั่นเอง แต่การไม่ชำระหนี้อาจถือว่าเป็นการผิดนัดทันทีก็ได้ หรือยังไม่ถือว่าเป็นการผิดนัดจนกว่าเจ้าหนี้จะได้มีการเตือนให้ลูกหนี้ชำระหนี้เสียก่อนก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าหนี้นั้นมีกำหนดเวลาชำระหนี้แน่นอนตามวันแห่งปฏิทินหรือไม่ ดังนั้นการผิดนัดทุกกรณีจึงเป็นการผิดสัญญาด้วย แต่การผิดสัญญาในบางกรณีเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นการผิดนัด ผลของการผิดนัดมีผลหนักกว่าการผิดสัญญา

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in International Business Law (with Merit) University College London, University of London, Ph.D. King's College London, University of London. E-mail: kumchai555@hotmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Thammasat University; LL.B. (Magna Cum Laude), Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Business Law (with Merit) University College London, University of London, Ph.D. King's College London, University of London.

วันที่รับบทความ (received) 22 พฤษภาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 4 กันยายน 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 6 กันยายน 2562.

Abstract

According to the Thai Civil and Commercial Code, “default” means that the debtor has failed to perform an obligation which wastied to aspecific date on the calendar. Where no calendar date was specified, the debtor is in default after warning given by the creditor as provided in Section 204 of the CCC. The words, “breach of contract,”mean that the debtor has failed to perform his obligation as provided in the contract. Both “default” and “breach of contract” involve failure to perform the obligation under the contract. However, not all breaches of contract imply that the debtor is in default. It depends upon whether the date for performance is fixed by the calendar or not. Besides, the effect of default is much harder than breach of contract.

คำสำคัญ: ผิดนัด, ผิดสัญญา, หนี้สัญญา

Keywords: default, breach of contract, obligation contract

1. บทนำ

คำว่า “ผิดนัด” มีความหมายทั่วไปตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานซึ่งให้ความหมายของคำว่า “ผิดนัด” ไว้ว่า หมายถึง “ไม่ไปตามนัด, ไปไม่ตรงตามเวลาที่นัดไว้” ส่วนความหมายในทางกฎหมาย พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน อธิบายไว้สั้นๆ ว่า หมายถึง “ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลา หรือเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้โดยปราศจากมูลเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้”¹ พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายไว้ทำนองเดียวกันว่า “ผิดนัด” หมายถึง “การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลา หรือการที่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้โดยปราศจากมูลเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ (ดู ป.พ.พ. ม. 204 และ 207)”² ส่วนขุนสมาหาริตะคดี (โป๋ โปรคุปต์) ให้ความหมายไว้สั้นๆ ว่า “ผิดนัด หมายถึง ผิดสัญญา”³

ส่วนคำว่า “ผิดสัญญา” ตามความเข้าใจทั่วไปและความเข้าใจของนักกฎหมาย หมายถึง ไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญา ซึ่งทำให้เกิดข้อสงสัยหรือคำถามต่อไปว่า ในทางกฎหมายนั้น ผิดนัดกับผิดสัญญามีความหมายเหมือนกันหรือไม่ ถ้ามีความหมายเหมือนกัน ทำไมใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน ถ้ามีความหมายไม่เหมือนกันต่างกันอย่างไร ผิดนัดใช้กับกรณีที่เป็นหนี้เงินเท่านั้นหรือไม่การผิดสัญญาทุกกรณีเป็นการผิดนัดหรือไม่ การผิดนัดหมายถึงการผิดสัญญาใช่หรือไม่ การไม่ชำระหนี้ทุกกรณีทำให้ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดใช่หรือไม่ ฯลฯ คำถามเหล่านี้ชวนให้ขบคิดค้นคว้าและเป็นที่มาของบทความนี้ที่มุ่งประสงค์จะนำเสนอความเห็นเกี่ยวกับความหมายและผลทางกฎหมายของคำว่า “ผิดนัด” “ผิดสัญญา”⁴ รวมตลอดถึงความเหมือนและความแตกต่างในทางกฎหมายของถ้อยคำดังกล่าว

¹ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), หน้า 780.

²ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), หน้า 357.

³ขุนสมาหาริตะคดี (โป๋ โปรคุปต์), พจนานุกรมกฎหมาย : บรรจุคำตั้งแต่โบราณกาลถึงปัจจุบันกาล สำหรับความสะดวกในผู้ใดศึกษาและผู้ต้องการทราบ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 214, นอกจากนี้โปรดดู วิทย์ เทียงบุรณธรรม, พจนานุกรมรวมกฎหมายไทย กว่า 400 พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์รวมสาส์น, 2527), หน้า 402.

⁴การผิดนัดหรือการผิดสัญญา เกิดขึ้นได้ทั้งฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหนี้ แต่บทความนี้มุ่งพิเคราะห์ถึงการผิดนัดผิดสัญญาของฝ่ายลูกหนี้เนื่องจากในทางปฏิบัติการผิดนัดผิดสัญญามักเกิดจากฝ่ายลูกหนี้มากกว่าฝ่ายเจ้าหนี้และบทบัญญัติส่วนมากจะกล่าวถึงกรณีลูกหนี้ผิดนัด.

2. ผิดนัด : หนี้เงินหรือหนี้อย่างอื่น

คำว่า “หนี้” หมายถึงภาระหรือหน้าที่⁵ ที่ลูกหนี้ต้องกระทำ และสิ่งที่ลูกหนี้ต้องกระทำหรือสิ่งที่เจ้าหนี้อาจเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ได้⁶ หรือที่เรียกว่า “วัตถุแห่งหนี้” มีด้วยกัน 3 ประการคือ 1. กระทำการ (to do) 2. จงดเว้นกระทำการ (not to do) และ 3. ส่งมอบทรัพย์สิน (to give) การส่งมอบทรัพย์สินยังอาจแบ่งเป็นกรณีส่งมอบเงินหรือที่เรียกว่า “หนี้เงิน”⁷ หรือส่งมอบทรัพย์สินอย่างอื่นก็ได้⁸

หลักกฎหมายเรื่องผิดนัดที่นักกฎหมายคุ้นเคยนั้นในทางปฏิบัติมักผูกโยงกับเรื่องหนี้ที่จะต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งหรือหนี้เงิน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดได้ในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีหรือมากกว่านั้นหากสัญญาได้กำหนดไว้ ทั้งนี้ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคแรกบัญญัติ⁹ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 221 มาตรา 470 มาตรา 574¹⁰ ก็ผูกโยงคำว่าผิดนัดกับหนี้เงินเช่นเดียวกัน¹¹ โดยเหตุนี้จึงอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่า คำว่า “ผิดนัด” หมายถึงการผิดนัดชำระหนี้เงินเท่านั้น

⁵ ความหมายของคำว่า “หนี้” โดยละเอียดโปรดดู โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553), หน้า 20-24.

⁶ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 61.

⁷ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติมโดย รองศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์ (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 39.

⁸ มีความเห็นว่า หนี้ส่งมอบทรัพย์สินจะจัดว่าเป็นหนี้กระทำการก็ได้ โปรดดู โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 61.

⁹ มาตรา 224 วรรคแรก “หนี้เงินนั้น ท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจจะเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้นโดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้คงส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น.”

¹⁰ มาตรา 221 “หนี้เงินอันต้องเสียดอกเบี้ยนั้น ท่านว่าจะคิดดอกเบี้ยในระหว่างที่เจ้าหนี้ผิดนัดหาได้ไม่”

มาตรา 470 “ถ้าผู้ซื้อผิดนัด ผู้ขายซึ่งได้ยึดหน่วงทรัพย์สินไว้ตามตราทั้งหลายที่กล่าวมา อาจจะใช้ทางแก้ต่อไปในแนวทางแก้สามัญในการไม่ชำระหนี้ได้ คือมีจดหมายบอกกล่าวไปยังผู้ซื้อให้ใช้ราคากับทั้งค่าจ่ายเกี่ยวกับการภายในเวลาอันควรซึ่งต้องกำหนดลงไว้ในคำบอกกล่าวนั้นด้วย...”

มาตรา 574 “ในกรณีผิดนัดไม่ใช้เงินสองคราวติดๆ กัน หรือกระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นส่วนสำคัญ เจ้าของทรัพย์สินจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้ ถ้าเช่นนั้นบรรดาเงินที่ได้ใช้มาแล้วแต่ก่อน ให้รับเป็นของเจ้าของทรัพย์สินและเจ้าของทรัพย์สินชอบที่จะกลับเข้าครองทรัพย์สินนั้นได้ด้วย

อนึ่ง ในกรณีกระทำผิดสัญญาเพราะผิดนัดไม่ใช้เงินซึ่งเป็นคราวที่สุุดนั้น ท่านว่าเจ้าของทรัพย์สินชอบที่จะริบบรรดาเงินที่ได้ใช้มาแล้วแต่ก่อนและกลับเข้าครองทรัพย์สินได้ต่อเมื่อระยะเวลาใช้เงินได้พ้นกำหนดไปอีกงวดหนึ่ง.”

¹¹ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอื่นๆ ที่ผูกโยงคำว่าผิดนัดกับหนี้เงิน เช่น ดู พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 317/7, พระราชบัญญัติกองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา พ.ศ.2560 มาตรา 44 เป็นต้น.

คำว่า “ผิดนัด” มีปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่นๆ อยู่มาก เฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีคำว่า “ผิดนัด” อยู่ในมาตราต่างๆ หลายมาตรา อาทิ มาตรา 204-207 มาตรา 210-212 มาตรา 216-217 มาตรา 221 มาตรา 224-225 มาตรา 294-295 มาตรา 299 มาตรา 372 มาตรา 379 มาตรา 470 มาตรา 574 มาตรา 686 มาตรา 691 และมาตรา 1070 และในพระราชบัญญัติต่างๆ อาทิ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ.2545 มาตรา 19 พระราชบัญญัติกองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา พ.ศ.2560 มาตรา 44 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 60 ฯลฯ ซึ่งเมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นว่ากฎหมายใช้คำว่า “ผิดนัด” โดยมีได้บัญญัติจำกัดหรือผูกโยงไว้กับหนี้เงินเท่านั้น อาทิ ป.พ.พ. มาตรา 205 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ตราใบการชำระหนี้ขึ้นนั้นยังมิได้กระทำการเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ตราบนั้นลูกหนี้ยังหาได้ชื่อว่าผิดนัดไม่” ตัวอย่าง ก. มีหน้าที่ต้องไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ ข. ในวันที่ 1 กันยายน แต่ในวันดังกล่าวเกิดน้ำท่วมใหญ่ ก. ไม่สามารถเดินทางไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ ข. ตามสัญญาได้ เช่นนี้ ตามมาตรา 205 ก. ยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด แม้ ก. จะไม่สามารถชำระหนี้ (กระทำการ) ให้แก่ ข. ได้เพราะเกิดจากพฤติการณ์ที่ ก. ไม่ต้องรับผิดชอบ หรือ ตามมาตรา 205 นี้จะเป็นการผิดนัดชำระหนี้เงินก็ได้ อาทิ ก. กู้ยืมเงิน ข. 20,000 บาท กำหนดชำระเงินคืนวันที่ 1 กรกฎาคม ปรากฏว่าวันที่ 1 กรกฎาคม เกิดเหตุน้ำท่วมใหญ่และโรงไฟฟ้าระเบิดทำให้เดินทางไม่ได้และระบบการชำระเงินของธนาคารขัดข้อง เช่นนี้ ก. ลูกหนี้ยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด หรือ ป.พ.พ. มาตรา 207 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้ และเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ขึ้นนั้นโดยปราศจากมูลเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด” ตัวอย่าง ก. ผู้ขายมีหนี้หรือหน้าที่ส่งมอบรถยนต์ที่ซื้อขายให้แก่ ข. ผู้ซื้อในวันที่ 1 เมษายน และ ก. ได้นำรถยนต์ไปส่งมอบให้แก่ ข. แล้วตามกำหนด แต่ ข. ปฏิเสธไม่รับมอบรถยนต์ เช่นนี้ ข. เจ้าหนี้ (ในกรณีวัตถุแห่งหนี้รับมอบรถยนต์) ย่อมตกเป็นผู้ผิดนัด หรือ ดำกู้ยืมเงินขาว 20,000 บาท กำหนดชำระหนี้วันที่ 1 มีนาคม ถึงกำหนดชำระหนี้ ดำนำเงินไปมอบให้ขาว แต่ขาวปฏิเสธที่จะรับมอบเงิน เช่นนี้ ขาวเจ้าหนี้ย่อมตกเป็นผู้ผิดนัดหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 216 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าโดยเหตุผิดนัด การชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะบอกปิดไม่รับชำระหนี้ และจะเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ก็ได้” ซึ่งเห็นได้ว่า มาตรานี้ก็มีได้ใช้ถ้อยคำจำกัดว่าเป็นการผิดนัดชำระหนี้เงินเช่นกัน ฯลฯ

กล่าวโดยสรุป คำว่า “ผิดนัด” มิได้หมายถึง การผิดนัดไม่ชำระหนี้เงินเท่านั้น แต่หมายถึง การผิดนัดชำระหนี้ทุกกรณี ไม่ว่าวัตถุแห่งหนี้จะเป็นการกระทำการ จดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินใดๆ การผิดนัดจึงอาจเป็นหนี้เงินหรือหนี้อย่างอื่น ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติจำกัดไว้เฉพาะหนี้เงินก็ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

3. ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือน กับ ผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้ว

อาจกล่าวได้โดยทั่วไปว่าการผิดนัดของลูกหนี้คือการไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาหรือการที่ลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้าผิดเวลา¹² หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการผิดนัดผูกโยงกับกำหนดเวลาชำระหนี้¹³ การที่ลูกหนี้จะตกเป็นผู้ผิดนัดหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับกำหนดเวลาชำระหนี้หากมีกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน¹⁴ และลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดนั้นลูกหนี้ย่อมตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดทันทีที่หนี้ถึงกำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทิน¹⁵ โดยที่เจ้าหนี้ไม่ต้องกระทำการใดๆ ทั้งสิ้น แต่ถ้าไม่มีการกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้¹⁶ หรือมีกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้

¹² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), พิมพ์ครั้งที่ 3 พ.ศ.2560 แก้ไขปรับปรุงโดย ดร.มนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 524, 525.

¹³ การผิดนัดมิได้ผูกโยงกับวัตถุแห่งหนี้ดังกล่าวมาแล้ว.

¹⁴ หมายความว่ารวมถึงกำหนดชำระหนี้ภายในเวลาที่นับได้แน่นอนตามวันแห่งปฏิทิน โปรดดู ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 44.

¹⁵ การคำนวณนับหรือการนับว่าหนี้ถึงกำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทินเมื่อใด เป็นไปตามหลักการนับระยะเวลาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1-193/8 รายละเอียดโปรดดู กำชัย จงจักรพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยระยะเวลาและอายุความ, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 17-73.

¹⁶ ตามหลักทั่วไป ถ้าไม่มีการกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ ให้ถือว่าหนี้ถึงกำหนดชำระโดยพลันตามมาตรา 203 วรรคแรก อย่างไรก็ตามอาจมีกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น อาทิ มาตรา 652, มาตรา 646

มาตรา 203 วรรคแรก “ถ้าเวลาอันจะพึงชำระหนี้นั้นมีได้กำหนดลงไว้ หรือจะอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้อย่อมจะเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน และฝ่ายลูกหนี้อย่อมจะชำระหนี้ของตนได้โดยพลันดุจกัน”

สัญญาผู้ไม่ได้กำหนดเวลาชำระคืนต้นเงิน ผู้ให้กู้ย่อมเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลันตามมาตรา 203 วรรคหนึ่ง นอกจากนี้ โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 8172/2551 หน้า 2172 ที่ 873/2518 หน้า 800 ที่ 1962/2525 หน้า 1375 ที่ 8811/2556 หน้า 1672 ที่ 6282/2559 จาก <http://deka.supremecourt.or.th> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง “ในกรณีที่ไม่มีกำหนดเวลาชำระหนี้ เช่น หนี้เงินกู้ไม่ได้รับเวลาชำระหนี้ไว้ เป็นต้น ตามมาตรา 203 วรรคแรก ถือว่าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้เมื่อใดก็ได้” โปรดดู จิต เศรษฐบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 50.

แต่ไม่ชัดเจนตามวันแห่งปฏิทิน¹⁷ เจ้าหนี้ต้องเตือนก่อนลูกหนี้จึงจะผิดนัด ทั้งนี้ตามที่มาตรา 204 บัญญัติไว้

มาตรา 204 “ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ไซ้ ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้ว

ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนเลย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้ออกกล่าว”

การผิดนัดอาจเกิดขึ้นได้ทันทีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทินที่ได้กำหนดไว้ ตัวอย่าง คำเป็นหนี้เงินกู้ขาว 10,000 บาท กำหนดชำระเงินคืนวันที่ 1 เมษายน ครั้นถึงวันที่ 1 เมษายน คำไม่ชำระหนี้ คำย่อมตกเป็นผู้ผิดนัดทันที แต่ถ้ามิได้มีการกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ ลูกหนี้จะตกเป็นผู้ผิดนัดต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนลูกหนี้เสียก่อน ซึ่งการเตือนนี้เจ้าหนี้จำต้องให้เวลาแก่ลูกหนี้หรือไม่ นักกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้แตกต่างกัน ความเห็นหนึ่งเห็นว่าการเตือนไม่จำเป็นต้องให้เวลา ส่วนอีก ความเห็นหนึ่งเห็นว่าการเตือนต้องให้เวลาพอสมควรแก่ลูกหนี้ด้วย ตัวอย่าง หนึ่งเป็นหนี้เงินกู้สอง 20,000 บาท โดยสัญญากู้มิได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ เช่นนี้ ตามกฎหมายถือว่าหนี้ถึงกำหนดชำระโดยพลัน กล่าวคือเจ้าหนี้ย่อมจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้โดยพลันและลูกหนี้ก็ย่อมจะชำระหนี้ของตนได้โดยพลันเช่นกัน หากสองเจ้าหนี้ได้เรียกให้ หนึ่งลูกหนี้ชำระหนี้วันที่ 1 เมษายน แต่หนึ่งไม่ชำระหนี้ เช่นนี้หนึ่งตกเป็นผู้ผิดนัดเพราะสองเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนแก่หนึ่งให้ชำระหนี้แล้ว แต่ตัวอย่างเดียวกันนี้ อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เมื่อสองเจ้าหนี้ได้เรียกให้ หนึ่งลูกหนี้ชำระหนี้ในวันที่ 1 เมษายน สองต้องให้เวลาพอสมควรแก่หนึ่งในการชำระหนี้ด้วย และต่อเมื่อพ้นเวลาพอสมควรแล้ว หนึ่งไม่ชำระหนี้ หนึ่งจึงจะตกเป็นผู้ผิดนัด การตีความมาตรา 204 วรรคแรก ที่แตกต่างกันนี้ล้วนมีเหตุผลที่น่ารับฟังรองรับ¹⁸ อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะยึดถือตามความเห็นของฝ่ายใด ประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนต้องการเน้นในที่นี้ก็คือ ผลของการที่หนี้ถึงกำหนดชำระในกรณีนี้เพียงแต่ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้และกำหนดอายุความเริ่มนับเท่านั้น และเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว หากมิใช่กรณีถึงกำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทินและลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้ก็อาจยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัดก็ได้ เพราะเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ต้องเตือนก่อนตามมาตรา 204 ส่วนการเตือนเพื่อให้ลูกหนี้ผิดนัดจะต้องให้เวลาหรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป

¹⁷ อาทิ กำหนดเวลาชำระหนี้ที่ต้องอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวง ย่อมถือว่าเป็นกำหนดเวลาชำระหนี้ที่มีใช้ตามวันแห่งปฏิทิน โปรดดู ดาราวรรณ ธีระวัฒน์, เรื่องเดิม, หน้า 45.

¹⁸ โปรดดูรายละเอียดเหตุผลของความเห็นแต่ละฝ่ายและข้อโต้แย้งได้ที่ เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดิม, หน้า 527-528.

ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่โดยเฉพาะหนี้ในทางธุรกิจการค้ามักมีการกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทินเสมอและเนื่องจากหนี้เงินหรือหนี้ที่จะต้องชำระเป็นเงินนั้นเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด¹⁹ ในกรณีนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดวันแห่งปฏิทิน ลูกหนี้อย่อมตกเป็นผู้ผิดนัดโดยเจ้าหนี้มีพักต้องเตือนเลย แนวทางปฏิบัติเช่นนี้จึงอาจทำให้มีความเข้าใจไปได้ว่าเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ลูกหนี้อย่อมตกเป็นผู้ผิดนัดเสมอ ซึ่งที่ถูกแล้วมิได้เป็นเช่นนั้นเสมอไป

4. ผิดนัด: ผลของการผิดนัด

เมื่อลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด นอกจากลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนอันเกิดขึ้นจากการผิดสัญญาแล้ว ผลของการผิดนัดยังทำให้ลูกหนี้จำเป็นต้องรับผิดชอบมากขึ้นด้วย²⁰ อาทิ ต้องเสียดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ตามมาตรา 224 วรรคแรก หรือถ้าโดยเหตุผิดนัดทำให้การชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะบอกปิดไม่รับชำระหนี้และจะเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ก็ได้ ตามมาตรา 216²¹ หรือต้องรับผิดชอบในความเสียหายแม้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะอุบัติเหตุอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ผิดนัดนั้นด้วย ตามมาตรา 217²² หรือต้องชำระดอกเบี้ยสำหรับค่าสินไหมทดแทนราคาวัตถุที่เสื่อมเสียหรือตกต่ำ ตามมาตรา 225²³

¹⁹ ไสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 78.

²⁰ จิต เศรษฐบุตร กล่าวไว้ว่า “กรณีลูกหนี้ยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัดตามมาตรา 205 นี้ ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงตามมาตรา 215 ได้ เพราะการไม่ชำระหนี้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในระดับหนึ่งแล้ว ซึ่งถ้ามีการผิดนัดด้วย กฎหมายจะเพิ่มการรับผิดชอบอีกระดับหนึ่ง” โปรดดู จิต เศรษฐบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 75.

²¹ มาตรา 216 “ถ้าโดยเหตุผิดนัด การชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะบอกปิดไม่รับชำระหนี้และจะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ก็ได้.”

²² มาตรา 217 “ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายบรรดาที่เกิดแต่ความประมาทเลินเล่อในระหว่างเวลาที่ผิดนัด ทั้งจะต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะอุบัติเหตุอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ผิดนัดนั้นด้วย เว้นแต่ความเสียหายนั้นถึงแม้ว่าตนจะได้ชำระหนี้ทันเวลากำหนดก็คงจะต้องเกิดมีอยู่ตนเอง.”

²³ มาตรา 225 “ถ้าลูกหนี้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อราคาวัตถุอันได้เสื่อมเสียไประหว่างผิดนัดก็ดี หรือวัตถุอันไม่อาจส่งมอบได้เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันเกิดขึ้นระหว่างผิดนัดก็ดี ท่านว่าเจ้าหนี้จะเรียกดอกเบี้ยในจำนวนที่จะต้องใช้เป็นค่าสินไหมทดแทน คิดตั้งแต่เวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการกะประมาณราคานั้นก็ได้ วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่ลูกหนี้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการที่ราคาวัตถุตกต่ำเพราะวัตถุนั้นเสื่อมเสียลงในระหว่างเวลาที่ผิดนัดนั้นด้วย.”

5. ผิดสัญญา: หนี้เงินหรือหนี้อย่างอื่น

คำว่า “ผิดสัญญา” ไม่มีคำอธิบายหรือคำนิยามตามกฎหมาย แต่เข้าใจกันเป็นการทั่วไปว่า หมายถึง การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือฝ่าฝืนข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้นั่นเอง การผิดสัญญาจึงอาจเป็นการไม่ชำระหนี้เงินหรือไม่ชำระหนี้อย่างอื่นก็ได้ ตัวอย่าง ก. มีหน้าที่ต้องไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ ข. ในวันที่ 1 กันยายน 2562 แต่ ก. ผิดสัญญาไม่ไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ ข. ตามกำหนดนัด เช่นนี้ ก. ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ก. ย่อมผิดสัญญา หรือคำเป็นหนี้เงินกู้ขาว เมื่อถึงกำหนดชำระเงินคืนวันที่ 1 เมษายน คำไม่ชำระหนี้ เช่นนี้ คำย่อมได้ชื่อว่าผิดสัญญา นอกจากนี้การผิดสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะมีการกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทินหรือไม่ อาทิ ก. มีหน้าที่ต้องไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ ข. โดยที่สัญญามีได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้เลย หนี้ของ ก. ย่อมถึงกำหนดชำระโดยพลัน หากวันที่ 1 กันยายน ข. เรียกให้ ก. ชำระหนี้ ก. ไม่มาชำระหนี้ คือ ไม่ไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ ข. เช่นนี้ ก. ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ก. ย่อมผิดสัญญา หรือคำกู้เงินขาว สัญญาที่ตกลงกันว่าเมื่อคำทำงานมีรายได้ให้ชำระหนี้คืน หากต่อมาคำมีงานทำและมีรายได้แล้ว ขาวจึงเรียกให้คำชำระเงินกู้คืนเมื่อวันที่ 1 เมษายน แต่คำไม่ชำระหนี้ เช่นนี้ คำไม่ชำระหนี้ตามสัญญา คำย่อมได้ชื่อว่าผิดสัญญา

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีการใช้คำว่า “ผิดสัญญา” อยู่บ้าง อาทิ มาตรา 574 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีผิดนัดไม่ใช้เงินสองคราวติดๆ กัน หรือกระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นส่วนสำคัญ เจ้าของทรัพย์สินจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้ ถ้าเช่นนั้นบรรดาเงินที่ได้ใช้มาแล้วแต่ก่อน ให้รับเป็นของเจ้าของทรัพย์สินและเจ้าของทรัพย์สินชอบที่จะกลับเข้าครองทรัพย์สินนั้นได้ด้วย

อนึ่ง ในกรณีกระทำผิดสัญญาเพราะผิดนัดไม่ใช้เงินซึ่งเป็นคราวที่สุุดนั้น ท่านว่าเจ้าของทรัพย์สินชอบที่จะรับบรรดาเงินที่ได้ใช้มาแล้วแต่ก่อนและกลับเข้าครองทรัพย์สินได้ต่อเมื่อระยะเวลาใช้เงินได้พ้นกำหนดไปอีกงวดหนึ่ง”

หรือมาตรา 1438 บัญญัติว่า “การหมั่นไม่ป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาลบังคับให้สมรสได้ ถ้าได้มีข้อตกลงกันไว้ว่าจะให้เบี้ยปรับในเมื่อผิดสัญญานั้น ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ”²⁴

พระราชบัญญัติต่างๆ ก็มีการใช้คำว่าผิดสัญญา เช่น มาตรา 8 วรรคแรก พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 บัญญัติว่า “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย

²⁴ นอกจากนี้โปรดดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1439, 1444, 1447/1, 1447/2 หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 119 เป็นต้น.

หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้...” หรือมาตรา 26 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาระบบเกษตรพันธสัญญา พ.ศ.2560 บัญญัติว่า “ให้ถือว่าข้อตกลงหรือเงื่อนไขใดในสัญญาในระบบเกษตรพันธสัญญาดังต่อไปนี้ไม่มีผลใช้บังคับ

(3) ข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่กำหนดให้มีการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ของเกษตรกรให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจทางการเกษตรภายหลังจากการบอกเลิกสัญญาหรือในกรณีที่เกิดสัญญา

(5) ข้อตกลงที่ให้สิทธิผู้ประกอบการธุรกิจทางการเกษตรในการบอกเลิกสัญญาโดยเกษตรกรไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ...” หรือมาตรา 13 พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญา พ.ศ.2562 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินทางปัญญาและการผิดสัญญาระหว่างผู้โอนทรัพย์สินทางปัญญาและผู้รับโอนทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นเหตุให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญา การบอกเลิกสัญญานั้นต้องไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว”²⁵

ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำว่า “ผิดสัญญา” ที่ใช้ในบทบัญญัติมาตราต่างๆ มีความหมายกว้างๆ ไม่ว่าจะผิดสัญญาในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ใช่สาระสำคัญ การผิดสัญญาอาจเป็นการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้เงินหรือหนี้อย่างอื่น หรืออาจกล่าวได้ว่าการไม่ชำระหนี้ตามข้อตกลงในสัญญาในทุกกรณีเป็นเรื่องผิดสัญญาได้ทั้งสิ้น

6. ผิดสัญญาและผิดนัด

ผิดสัญญาหมายถึงการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือฝ่าฝืนข้อตกลงข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อในสัญญา กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผิดสัญญาก็คือการผิดหน้าที่ในการชำระหนี้ ไม่ว่าวัตถุแห่งหนี้จะเป็นการกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สิน และไม่ว่าจะโดยการไม่ชำระหนี้เลยหรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ แต่การผิดสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้จะเป็นการผิดนัดไปในขณะเดียวกันด้วยหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการผิดสัญญาที่มีกำหนดชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทินหรือไม่ หรือต้องเตือนก่อนจึงจะผิดนัด ตัวอย่าง ก. มีหน้าที่ต้องไปทำสวนและตัดแต่ง

²⁵ นอกจากนี้โปรดดู พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 41 หรือพระราชบัญญัติสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ.2509 มาตรา 12 เป็นต้น.

ต้นไม้ให้แก่ ข. ในวันที่ 1 กันยายนและเมื่อถึงกำหนด ก. ไม่ไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ ข. เช่นนี้หนี้ตามสัญญานี้เป็นหนี้ที่กำหนดไว้ตามวันแห่งปฏิทิน การที่ ก. ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา นอกจาก ก. ได้ชื่อว่าผิดสัญญาแล้ว ก. ยังตกเป็นผู้ผิดนัดไปพร้อมกันด้วยโดยมิพักต้องเตือน ตามมาตรา 204

อย่างไรก็ตาม หากสัญญาที่กำหนดให้ ก. ต้องไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ ข. นั้น มิได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ และ ข. ได้เรียกหรือบอกกล่าวให้ ก. มาทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ให้แก่ตนในวันที่ 1 กันยายน ซึ่งหาก ก. ไม่ไปทำสวนและตัดแต่งต้นไม้ในวันที่ 1 กันยายน ก. ย่อมได้ชื่อว่าผิดสัญญาและถือว่าผิดนัดเพราะเจ้าหนี้เตือนแล้ว ซึ่งในประเด็นเรื่องเตือนนี้มี 2 ความเห็นดังได้กล่าวมาแล้ว

สรุป ผิดนัดหมายถึงผิดสัญญา แต่การผิดสัญญาไม่ทุกกรณีที่จะเป็นการผิดนัด การผิดสัญญาอาจยังไม่เป็นการผิดนัดก็ได้ ถ้าหากเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ต้องเตือนก่อน ตามมาตรา 204 บรรทัดแรก

7. ผิดสัญญา: ผลของการผิดสัญญา

เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เจ้าหนี้อาจเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 หรือเรียกให้ชำระค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 215 หรือเรียกให้ชำระหนี้และเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย หรือใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 386 หรือบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าสินไหมทดแทนก็ได้แล้วแต่กรณี รวมตลอดถึงเจ้าหนี้อาจมีสิทธิอื่นๆ ตามที่ได้ตกลงกันในสัญญาด้วย ซึ่งต้องพิจารณาแต่ละสัญญาเป็นกรณีๆ ไป อาทิ สัญญากู้ระหว่างค้ากับแดง ระบุว่าหากค้าไปก่อนนี้เพิ่มเติมอันเป็นการฝ่าฝืนสัญญาครั้งนี้ แดงมีสิทธิปรับอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ให้สูงขึ้นอีก 2% ได้ หรือมีสิทธิบอกเลิกสัญญา เช่นนี้ หากค้าผิดสัญญา โดยไปก่อนนี้เพิ่มเติมอันเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญา หนี้ แดงย่อมมีสิทธิปรับอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ตามข้อสัญญา หรือใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้

แต่เมื่อใดที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดแล้ว ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นกว่าการผิดสัญญา เช่น หากเป็นหนี้เงิน เจ้าหนี้มีสิทธิคิดอัตราดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละครึ่งต่อปี หรือถ้าโดยเหตุผิดนัดทำให้การชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะบอกปิดไม่รับชำระหนี้และจะเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ก็ได้ หรือต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างผิดนัด เพราะความประมาทเลินเล่อของลูกหนี้หรือแม้การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะอุบัติเหตุอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ผิดนัดนั้นด้วย ตามมาตรา 216-217 หรือต้องชำระดอกเบี้ยสำหรับค่าสินไหมทดแทนราคาวัตถุที่เสื่อมเสียหรือตกต่ำ

8. บทสรุป

การผัดนัต หมายถึง การที่ลูกหนี้ผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ตามที่กำหนดเวลาไว้ตามวันแห่งปฏิทิน หรืออาจเป็นการผัดนัตเมื่อเจ้าหนี้ได้เตือนลูกหนี้แล้วก็ได้ ส่วนการผิดสัญญา หมายถึง การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาในทุกกรณีการผิดสัญญาจึงอาจทำให้ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผัดนัตทันทีหรือยังไม่ทำให้ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผัดนัตจนกว่าเจ้าหนี้ได้เตือนลูกหนี้ก่อนก็ได้ การผัดนัตจึงมีความหมายแคบกว่าการผิดสัญญา การผัดนัตทุกครั้งเป็นการผิดสัญญาเสมอ แต่การผิดสัญญาอาจไม่เป็นการผัดนัตอย่างไรก็ตามทั้งผัดนัตและผิดสัญญา ก็คือการไม่ชำระหนี้ตามสัญญานั้นเอง

ดังนั้นคำถามตอนต้นจึงตอบได้ว่า ผัดนัตกับผิดสัญญามีความหมายไม่เหมือนกันเสียทีเดียว โดยเหตุนี้จึงมีการใช้คำ 2 คำแยกจากกัน ผัดนัตและผิดสัญญา มีความหมายเหมือนกันตรงที่ว่าหมายถึงการไม่ชำระหนี้ และจะเป็นหนี้เงินหรือหนี้อื่นๆ ก็ได้ ผัดนัตกับผิดสัญญาแตกต่างกัน เพราะการผิดสัญญาบางกรณีเป็นการผัดนัตไปด้วยในขณะเดียวกัน แต่การผิดสัญญาบางกรณียังไม่ถือว่าเป็นผัดนัต การผัดนัตในทุกกรณีเป็นการผิดสัญญา แต่การผิดสัญญาบางกรณีเท่านั้นที่เป็นการผัดนัต นอกจากนี้ผลของการผิดสัญญากับผลของการผัดนัตแตกต่างกัน การผัดนัตมีผลหนักกว่าการผิดสัญญา การผัดนัตย่อมหมายถึงการผิดสัญญาเสมอ แต่การผิดสัญญาอาจไม่หมายถึงการผัดนัตก็ได้

กล่าวโดยสรุปก็คือ ผิดสัญญาคือการไม่ชำระหนี้ ผิดสัญญาจะเป็นการผัดนัตด้วยหากเป็นหนี้ที่มีกำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทิน แต่การผิดสัญญายังไม่เป็นผัดนัตหากเป็นหนี้ที่ไม่มีกำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทิน

บรรณานุกรม

- กำชัย จงจักรพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยระยะเวลาและอายุความ. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติมโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราพร ถิระวัฒน์. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ดาราพร ถิระวัฒน์. กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 เฉลิมพระเกียรติ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.
- วิทย์ เทียงบุญธรรม. พจนานุกรมรวมกฎหมายไทย กว่า 400 พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์รวมสาส์น, 2527.
- สมาพร หิตะคดี (โป๊ โปรคุปต์), ชุน. พจนานุกรมกฎหมาย : บรรจุคำตั้งแต่โบราณกาลถึงปัจจุบันกาล สำหรับความสะดวกในผู้ใคร่ศึกษาและผู้ต้องการทราบ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-วิญญูชน, 2549.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบ บริบูรณ์). พิมพ์ครั้งที่ 3 พ.ศ.2560 แก้ไขปรับปรุงโดย ดร.มุนินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, 2560.
- โสภณ รัตนาร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553.

การตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล
เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์
นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์

การตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล
เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
The Conspiracy of Natural Persons and Juristic Persons
to Commit an Offence Relating to Narcotics

หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์*
M.L.Supakit Charoonroj
นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์**
Nitinant Bruranajroenrak

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 บัญญัติฐานความผิดและโทษของการตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้ แต่ไม่ได้กำหนดโทษแก่นิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ อันแตกต่างจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม

*อัยการพิเศษฝ่าย (สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายพัฒนากฎหมาย) สำนักงานวิชาการ, น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, M.C.J. in Comparative Law, Howard University, M.C.L. in Comparative Law, the Pennsylvania State University USA. E-mail: m.l.supakit@hotmail.com.

Executive Director, (Executive Director's Office of Legal Development) Department of Technical Affairs, LL.B. at Thammasat University, Barristar at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, M.C.J. in Comparative Law at Howard University, M.C.L. in Comparative Law at The Pennsylvania State University, USA.

**อัยการประจำกอง สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายอัยการ, น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง.E-mail: nitinantattorney@hotmail.com.

Divisional Public Prosecutor, Public Prosecutor Official Training Institute, Office of the Attorney General, LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barristar at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. at Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 5 กันยายน 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 27 ตุลาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 6 พฤศจิกายน 2562.

การฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งบัญญัติความผิดฐานการตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงิน และกำหนดโทษแก่นิติบุคคลที่ตกลงสมคบกันกระทำความผิดฐานฟอกเงินไว้ในมาตรา 9 และมาตรา 61 นอกจากนี้ในต่างประเทศมีกฎหมายดำเนินคดีกับบุคคลที่ตกลงสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เช่น ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา บทที่ 18 อาญาและวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 371 และบทที่ 21 อาหารและยา มาตรา 848 (C) (2) (A) มาตรา 1907 (3) พระราชบัญญัติกฎหมายอาญา ค.ศ.1977 มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษ รวมทั้งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ.1988 มาตรา 3 c) iv) โดยใช้บังคับกับนิติบุคคลที่ตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดด้วย แม้ปัจจุบันได้มีการดำเนินคดีกับนิติบุคคลและศาลพิพากษาลงโทษนิติบุคคลในข้อหา ร่วมกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ แต่ในข้อหาตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดยังไม่มี การดำเนินคดีกับนิติบุคคล เพราะมีข้อถกเถียงทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงว่า นิติบุคคลตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดได้หรือไม่ เนื่องจากโดยทั่วไป ตัวการซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและเป็นผู้แทนนิติบุคคลได้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคล บุคคลธรรมดาจึงเป็นผู้ตกลงสมคบเพื่อกระทำความผิดไมใช่นิติบุคคล อย่างไรก็ตามใน ประเทศสหรัฐอเมริกา คดี United States v. Superior Growers Supply Co., 982 F.2d 173 (6th Cir. 1992) ได้มีการฟ้องจำเลยในข้อหาตกลงสมคบกันกับนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และคดี United States v. Sain, 141 F.3d 463, 474-75 (3d Cir. 1998); คดี United States v. Stevens, 909 F.2d 431, 432-33 (11th Cir. 1990). ได้วางหลักกฎหมายว่า นิติบุคคลมีความผิดฐานตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดได้ และในประเทศอังกฤษ คดี Regina v. McDonnell [1966] 1 QB 233, (1966) 50 Cr App R 5 ศาลได้มีคำวินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า นิติบุคคลตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดได้แต่จะต้องไม่ใช้การตกลงสมคบกับผู้แทนนิติบุคคล เพราะผู้แทนนิติบุคคลแสดงเจตนาแทนนิติบุคคลอยู่แล้ว ดังนั้น พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 ควรมีบทบัญญัติกำหนดโทษแก่นิติบุคคลฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่านิติบุคคลกระทำความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลธรรมดาอาศัยนิติบุคคลกระทำความผิดและเพื่อปราบปรามนิติบุคคลที่ตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

Abstract

The Act on the Measures for the Suppression of Offenders in an Offence Relating to Narcotics B.E.2534, Section 8, established an offence of, and a punishment for, conspiracy to commit an offence relating to narcotics. However, it did not provide a specific punishment for a juristic person. This is different from the Anti-Money Laundering Act B.E.2542, which provided an offence of conspiring to commit the offence of money laundering and imposed a penalty for any juristic person who conspired to commit a money laundering offence under Section 9, 61. Moreover, other countries' laws criminalizing the conspiracy to commit an offence relating to narcotics are also applied to a juristic person who conspires to commit an offence. These laws include legislation such as Title 18 of the United States Code, dealing with crimes and criminal procedure, Section 371 and Title 21 Food and Drugs, Section 848 (C) (2) (A), and Section 1907 (3); the Criminal Law Act 1977 of the United Kingdom, Section 2; as well as the United Nations Convention against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988, Article 3 c) iv). Even though it is possible, at present, to prosecute and convict a juristic person of jointly committing an offence relating to narcotics, it remains impossible to prosecute a juristic person on the offence of conspiracy to commit an offence relating to narcotics. This is because there are both legal and factual arguments regarding whether a juristic person can conspire with a natural person to commit an offence or not. Generally, a principal who is both a natural person and a representative of a juristic person would express an intention on behalf of a juristic person. Therefore, a natural person is a conspirator in the commission of the offence, not a juristic person. Nevertheless, in *United States v. Superior Growers Supply Co.*, 982 F.2d 173 (6th Cir. 1992), the defendant was indicted of the offence of conspiring with a juristic person to commit an offence relating to narcotics. In the cases of *United States v. Sain*, 141 F.3d 463, 474-75 (3d Cir. 1998), and *United States v. Stevens*, 909 F.2d 431, 432-33 (11th Cir. 1990), the Court has set precedent that a juristic person can be guilty of conspiring with a natural person to commit an offence. In *United Kingdom, Regina v. McDonnell* [1996] 1 QB 233, (1966) 50 Cr App

R 5, the Court rendered a similar judgement that a juristic person can be convicted of conspiring with a natural person to commit an offence if it does not conspire with a representative of the juristic person since a representative of the juristic person has already expressed intent on behalf of the juristic person. Thus, to make it clear that a juristic person can commit an offence of conspiracy to commit an offence relating to narcotics, the Act on the Measures for the Suppression of Offenders in an Offence Relating to Narcotics B.E.2534 should establish a punishment for a juristic person who conspires to commit an offence relating to narcotics in the same way that is provided in the Anti-Money Laundering Act B.E.2542 in order to prevent a natural person from committing a crime through a juristic person, and to suppress a juristic person who conspires with a natural person in committing an offence relating to narcotics.

คำสำคัญ: การตกลงสมคบกัน, บุคคลธรรมดา, นิติบุคคล

Keywords: conspiracy, a juristic person, a natural person

1. ความนำ

ยาเสพติดให้โทษเป็นภัยคุกคามร้ายแรงต่อสุขภาพและส่งผลเสียต่อรากฐานทางเศรษฐกิจ วัฒนธรรมการเมืองและสังคมของประเทศ¹ โดยมีกฎหมายที่กำหนดความผิด บทลงโทษ และกำหนดมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ได้แก่ พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522² พระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ.2559³ และพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534⁴ แม้ปัจจุบันปริมาณคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมีจำนวนคดีน้อยลง แต่จำนวนของยาเสพติดที่ยึดได้มีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างมาก⁵ นอกจากนี้ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด⁶ เป็นอาชญากรรมร้ายแรง รัฐจึงใช้แนวทางการป้องกันอาชญากรรม โดยเฉพาะ (System of Special Criminal Prophylaxy) และการนิติบัญญัติ (Legislation)⁷ โดย

¹Preamble of United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988; United Nations Office on Drugs and Crime, **United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988** [Online], available URL: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf, 2019 (January, 28).

²“พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 96 ตอนที่ 63 ฉบับพิเศษ (27 เมษายน 2522): 40.

³“พระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ.2559,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 133 ตอนที่ 107 ก (ธันวาคม 2559): 120.

⁴“พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 108 ตอนที่ 170 ฉบับพิเศษ (27 กันยายน 2534): 18.

⁵สำนักปราบปรามยาเสพติด สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด กระทรวงยุติธรรม, **ผลการปราบปรามยาเสพติดทั่วประเทศ ประจำปี 2560** (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บางกอกบล็อก, 2560), หน้า 1.

⁶พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 3 วรรคสาม “ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด” หมายความว่า การผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครอง เพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติด และให้หมายความรวมถึง การสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือ หรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าวด้วย.

⁷การป้องกันอาชญากรรมโดยเฉพาะ (System of Special Criminal Prophylaxy) เป็นการกำหนดวิธีการที่ชัดเจนเพื่อป้องกันอาชญากรรมโดยตรง ส่วนการนิติบัญญัติ (Legislation) เป็นการหามาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุดตามบริบทของสังคม ทั้งสองแนวคิดนี้เป็นการลดการเกิดอาชญากรรมในสังคมของศาสตราจารย์เจมส์ วิลเลียม ซีซิลเทอร์เนอร์ (James William Cecil Turner) นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ และเป็นผู้ออกตั้งภาควิชาอาชญากรรมศาสตร์ในมหาวิทยาลัยแคมบริดจ์ และพัฒนาเป็นสถาบันอาชญาวิทยา; L. Radzaninowicz & J. W. C. Turner, “The Language of Criminal

การกำหนดให้การตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดอีกฐานหนึ่งที่เป็นลักษณะพิเศษ⁸ เพื่อป้องกันและปราบปรามความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้ได้ผล และปราบปรามผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการใหญ่ในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม⁹ ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8¹⁰

การตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 บัญญัติความผิดและโทษสำหรับผู้ตกลงสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แต่ไม่ได้บัญญัติถึงการตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและกำหนดโทษแก่นิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ ซึ่งปัจจุบันมีผู้กระทำความผิดใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แต่ดำเนินคดีกับบุคคลธรรมดาไม่มีการดำเนินคดีกับนิติบุคคล เช่น จัดตั้งบริษัทจำกัดประกอบกิจการขนส่งพัสดุ แต่ลักลอบจำหน่ายยาเสพติดโดยผู้ค้ายาเสพติดจะสั่งการให้ลูกจ้างส่งยาเสพติดให้กับเครือข่ายพร้อมกับการนำส่งพัสดุ หรือจัดตั้งบริษัทจำกัดประกอบกิจการขายยางและล้อแม็กชดเชยยนต์เพื่อทำการฟอกเงินที่ได้จากการค้ายาเสพติด¹¹ นอกจากนี้มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติ มาตรการใน

Science,” *The Cambridge Law Journal* 7, 2 (1940): 233-236, อ้างถึงใน คณพล จันทรหอม, **รากฐานกฎหมายอาญา** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 34-35.

⁸อุทัย อาทิวา, **หลักและทฤษฎี: ความผิดอาญาและโทษ** (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พรินต์, 2561), หน้า 239, และ กองกฎหมาย สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด กระทรวงยุติธรรม, **เรื่องเดิม**, หน้า 7.

⁹สุจิต ปัญญาพฤกษ์, **คดียาเสพติด**, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560), หน้า 159.

¹⁰พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534

มาตรา 8 ผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ผู้นั้นสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันตามวรรคหนึ่ง ผู้สมคบกันนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น.

¹¹ไทยพีบีเอส, **ข่าวไทยพีบีเอส** [Online], available URL: <https://news.thaipbs.or.th/content/274254>, 2562 (มกราคม, 28).

การปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534¹² รวมทั้งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล พ.ศ. 2560¹³ ก็ไม่มีบทบัญญัติความหมายของการตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ทำให้เจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายไม่ได้ดำเนินคดีกับนิติบุคคลอันเป็นสาเหตุที่ไม่สามารถปราบปรามนิติบุคคลที่สมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะป็นคดีทั่วไปหรือคดีที่มีลักษณะเป็นองค์รอาชญากรรมได้อย่างจริงจัง อันแตกต่างจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542¹⁴ ที่บัญญัติความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงิน และกำหนดโทษแก่นิติบุคคลที่สมคบกระทำความผิดฐานฟอกเงินไว้โดยเฉพาะในมาตรา 9 และมาตรา 61¹⁵

¹²“พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 109 ตอนที่ 55 (29 เมษายน 2535): 18.

¹³“พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล พ.ศ.2560,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 134 ตอนที่ 18 ก (กุมภาพันธ์ 2560): 111.

¹⁴“พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 116 ตอนที่ 29 ก (21 เมษายน 2542): 45.

¹⁵พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542

มาตรา 9 ผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงิน ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าได้มีการกระทำความผิดฐานฟอกเงินเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันตามวรรคหนึ่ง ผู้สมคบกันนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ในกรณีที่ความผิดได้กระทำให้ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด แต่เนื่องจากการเข้าขัดขวางของผู้สมคบทำให้การกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้สมคบที่กระทำการขัดขวางนั้น คงรับโทษตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งเท่านั้น

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกลับใจให้ความจริงแก่การสมคบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกัน ศาลจะไม่ลงโทษผู้นั้นหรือลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้

มาตรา 61 นิติบุคคลใดกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 9 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท

ในกรณีที่การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งของนิติบุคคลเกิดจากการสั่งการหรือการกระทำของกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือทำการและละเว้นไม่สั่งการหรือไม่ทำการจนเป็นเหตุให้นิติบุคคลนั้นกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีหรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลธรรมดาใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด และเพื่อปราบปรามนิติบุคคลที่สมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะเป็นลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมหรือไม่ จึงเห็นควรศึกษาพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 9 และมาตรา 61 ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา บทที่ 18 อาญาและวิธีพิจารณาความอาญาและบทที่ 21 อาหารและยา (U.S. Code title 18 Crime and Criminal Procedure and title 21 Food and Drug) คำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา คำพิพากษาของศาลและพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา ค.ศ.1977 (Criminal Law Act 1977) ของประเทศอังกฤษและอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ.1988 (United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988)¹⁶ ทั้งนี้เพื่อให้ทราบว่ากฎหมายของต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว มีแนวทางการแก้ปัญหาการตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดอย่างไร

2. ปัญหาของการตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

การตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8¹⁷ วรรคหนึ่ง

¹⁶ตามประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกาบทที่ 18 อาญาและวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา ค.ศ.1977 และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ.1988 บัญญัติความผิดฐานสมคบเป็นบททั่วไป แต่ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายไทยนั้นบัญญัติเป็นบทเฉพาะ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 114, 210, 135/2 (2) และ พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 9; อุทัย อาทิเวช, เรื่องเดิม, หน้า 279-281.

¹⁷พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 มีที่มาจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ.1988 มาตรา 3 ข้อ 1 c) iv)

United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988 Article 3 OFFENCES AND SANCTIONS.

1. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally:

ว่า “ผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป...” ย่อมหมายความว่า ผู้กระทำอาจเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลก็ได้¹⁸ ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายเพียงเท่านี้ก็สามารรถเข้าใจได้ว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ หรือบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้แทนนิติบุคคลและนิติบุคคลก็น่าจะตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้เช่นกัน เพราะนิติบุคคลมีตัวตนแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาตามกฎหมายสมมติ (Fiction Theory)¹⁹ ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015²⁰ ซึ่งตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 9 และมาตรา 61 บัญญัติถึงความผิดฐานสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงิน และยังได้กำหนดโทษแก่นิติบุคคลที่กระทำความผิดฐานสมคบเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงินไว้ด้วย และถ้าการตกลงสมคบกันของนิติบุคคลเกิดจากการสั่งการหรือการกระทำของกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือกระทำการและละเว้นไม่สั่งการหรือไม่กระทำการจนเป็นเหตุให้นิติบุคคลนั้นกระทำความผิด บุคคลดังกล่าวต้องรับโทษด้วยเช่นกัน ความผิดฐานตกลงสมคบเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงินตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ใช้บังคับกับคดียาเสพติดกรณีการฟอกเงินมีความผิดมูลฐานมาจากความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด แต่การตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 ไม่ได้บัญญัติบทลงโทษแก่นิติบุคคลไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลอาญาเคยพิพากษาลงโทษบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลในข้อหาร่วมกันนำยาเสพติดให้โทษประเภท 5 เข้ามาใน

c) Subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system:

iv) Participation in, association or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counseling the commission of any of the offences established in accordance with this article; United Nations Office on Drugs and Crime, op. cit.

¹⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, **ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 67.

¹⁹ ทฤษฎีสมมติได้รับการสนับสนุนจากซาวินญี (Savigny) นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน และแซลมอนด์ (Salmond) นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ ทฤษฎีนี้เห็นว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลขึ้นโดยการสมมติไม่ใช่ของจริง เป็นเพียงบุคคลหรือตัวตนทางกฎหมาย โดยแบ่งสภาพออกจากบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลได้รับการปฏิบัติเสมือนบุคคล; W. Friedmann, **Legal Theory**, 5th. ed. (New York: Columbia University, 1967), pp. 556-557.

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 ห้ามหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบัญญัติแห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น.

ราชอาณาจักร ตามคดีหมายเลขดำที่ อย.55773/2557 คดีหมายเลขแดงที่ อย.4395/2558 โดยพิพากษาลงโทษปรับนิติบุคคลซึ่งเป็นจำเลยที่ 1 และพิพากษาลงโทษจำคุกบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคลจำเลยที่ 2 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณีที่จำเลยที่ 2 ตั้งบริษัทจำกัด จำเลยที่ 1 ขึ้น และนำเข้าเมล็ดกัญชงซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกัญชาจากประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเข้ามาในราชอาณาจักรไทย โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข²¹ แม้ต่อมาคดีถึงที่สุดโดยศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์ แต่ก็เป็นการวินิจฉัยว่า จำเลยทั้งสองไม่ทราบว่าเมล็ดพืชที่นำเข้างกล่าวเป็นเมล็ดพืชชนิดใด จึงไม่อาจสันนิษฐานให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยทั้งสองว่า จำเลยทั้งสองทราบหรือรู้มาตั้งแต่ต้นว่าเป็นเมล็ดกัญชาจากกรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า นิติบุคคลร่วมกันกระทำความผิดกับบุคคลธรรมดาในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ ส่วนกรณีการตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดยังไม่มีกรณีคดีกับนิติบุคคลจึงยังไม่มีคำพิพากษาศาลวินิจฉัยไว้โดยตรงว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้หรือไม่

ความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดมีวิวัฒนาการมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)²² หลักการสำคัญของการตกลงสมคบกันกระทำความผิด คือ การรู้เห็นเป็นใจหรือตกลงร่วมกัน (Agreement) โดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำการอันเป็นความผิดต่อบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการใดก็ตาม การบัญญัติให้การตกลงสมคบกันกระทำความผิดเป็นความผิดอาญา มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งในกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี เห็นว่า การตกลงกันกระทำความผิดเป็นการกระทำที่เพียงพอของขั้นตอนการเตรียมการกระทำความผิดที่กฎหมายจะต้องเข้าไปแทรกแซงยับยั้งมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น ซึ่งเทียบเคียงได้กับการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (Proximate Act) ที่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานพยายามกระทำความผิด การบัญญัติให้มีความผิดฐานสมคบเป็นการห้ามมิให้มีการตกลงกันกระทำความผิด อันเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและเป็นการยับยั้งมิให้บุคคลใดกล้าเข้ามาร่วมตกลงสมคบกับบุคคลอื่นเพื่อกระทำความผิด ไม่ว่าจะมีการคบคิดกันหรือสมคบกันมาก่อนแล้วหรือไม่ เพราะการปล่อยให้บุคคลรวมตัวกันสมคบหรือคบคิดกันจนเพิ่มเป็นจำนวนมากขึ้น ย่อมจะกลายเป็นกลุ่มบุคคลที่ใหญ่ขึ้นและเป็นองค์กรอาชญากรรมอันเป็นอันตรายต่อสังคม การนำหลักการตกลงสมคบกัน (Conspiracy) มาใช้กับกลุ่มอาชญากรรมหรือองค์กรอาชญากรรม ทำให้เกิดความสับสนที่จะนำผู้กระทำความผิดที่เป็นสมาชิกองค์กรอาชญากรรมเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการพิสูจน์ความผิดมีเพียงแค่นี้

²¹ คำพิพากษาศาลอาญา คดีหมายเลขดำที่ อย.5773/2557 หมายเลขแดงที่ อย.4395/2558.

²² อุทัย อาทิวา, เรื่องเดิม, หน้า 239.

การตกลงกันกระทำความผิด ซึ่งง่ายกว่าการพิสูจน์ความผิดหลังจากที่มีการ ลงมือกระทำความผิดแล้วว่ามีผู้ใดเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด ทฤษฎีหลักการตกลงสมคบกันกระทำความผิด จึงสามารถพิสูจน์ความผิดและดำเนินคดีกับผู้สมคบได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าความผิดฐานอื่น ซึ่งโดยปกติจะต้องมีการลงมือกระทำความผิดเสียก่อน มิฉะนั้นไม่สามารถจับกุมดำเนินคดีได้ แนวคิดทฤษฎีสมคบกันกระทำความผิดจึงยึดหลักการตกลงกันกระทำความผิดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนั้น แม้มีเพียงแค่การตกลงกันโดยยังมิได้มีการลงมือกระทำความผิดก็ถือว่าความผิดสำเร็จเกิดขึ้นแล้วในขั้นตอนของการตกลงใจร่วมกัน (Resolution) อันเป็นขั้นตอนก่อนขึ้นการเตรียมการกระทำความผิด ความผิดฐานตกลงสมคบจึงเป็นความผิดอีกฐานหนึ่งต่างหากจากฐานความผิดที่ประสงค์ลงมือกระทำความผิด ประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น อังกฤษและสหรัฐอเมริกาได้กำหนดขอบเขตการใช้บังคับความผิดฐานตกลงสมคบอย่างกว้างขวาง เพราะลักษณะความผิดฐานตกลงสมคบเป็นความผิดอาญาทั่วไปทำนองเดียวกันกับการพยายามกระทำความผิด และความรับผิดชอบของผู้ตกลงสมคบกันกระทำความผิดเป็นความผิดที่แยกต่างหากจากความผิดหลัก (Substantive Offense) ผู้ตกลงสมคบจึงมีความผิด 2 กระทั่ง คือ ความผิดฐานตกลงสมคบกระทำความผิดหนึ่ง และความผิดที่ได้ลงมือกระทำความผิดสำเร็จอีกกระทำความผิดหนึ่งสำหรับประเทศไทยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9487/2548 วินิจฉัยว่า ความผิดฐานตกลงสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดความผิดฐานร่วมกันมีเฮโรอีนในครอบครองเพื่อจำหน่าย และความผิดฐานร่วมกันพยายามจำหน่ายเฮโรอีน (จำนวนเดียวกัน) เป็นการกระทำความผิดอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษในความผิดฐานร่วมกันมีเฮโรอีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ซึ่งเป็นบทที่มีโทษหนักที่สุดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90²³ ดังนั้น เมื่อมีการตกลงสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 วรรคหนึ่งแล้ว ต่อมาได้มีการกระทำความผิดหลักจนสำเร็จ จะเป็นความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 วรรคสองบทหนึ่ง และเป็นความผิดหลักอีกบทหนึ่ง แต่เป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท

เมื่อนำพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 มาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ได้แก่ ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกาบทที่ 18 อาญาและวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 371 และบทที่ 21 อาญาและยา

²³ ศาลฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2562 (กุมภาพันธ์, 15).

มาตรา 848 (C) (2) (A) มาตรา 1907 (3)²⁴ และพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา ค.ศ.1977 มาตรา 2²⁵

²⁴18 U.S. Code § 371. Conspiracy to commit offense or to defraud United States

If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor.

21 U.S. Code § 848 – Continuing criminal enterprise

(c) “Continuing criminal enterprise” defined For purposes of subsection (a), a person is engaged in a continuing criminal enterprise if—

(2) such violation is a part of a continuing series of violations of this subchapter or subchapter II—

(A) which are undertaken by such person in concert with five or more other persons with respect to whom such person occupies a position of organizer, a supervisory position, or any other position of management...

21 U.S. Code § 1907 - Definitions

(3) Narcotics trafficking

The term “narcotics trafficking” means any illicit activity to cultivate, produce, manufacture, distribute, sell, finance, or transport narcotic drugs, controlled substances, or listed chemicals, or otherwise endeavor or attempt to do so, or to assist, abet, conspire, or collude with others to do so; Cornell Law School, **Legal Information Institute** [Online], available URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>, 2019 (January, 28).

²⁵Criminal Law Act 1977 Section 2 Exemptions from liability for conspiracy

(1) A person shall not by virtue of section 1 above be guilty of conspiracy to commit any offence if he is an intended victim of that offence.

(2) A person shall not by virtue of section 1 above be guilty of conspiracy to commit any offence or offences if the only other person or persons with whom he agrees are (both initially and at all times during the currency of the agreement) persons of any one or more of the following descriptions, that is to say—

(a) his spouse or civil partner ;

(b) a person under the age of criminal responsibility; and

(c) an intended victim of that offence or of each of those offences.

ของประเทศอังกฤษ ซึ่งทั้งสองประเทศถือว่าเป็นต้นแบบของประเทศต่างๆ ที่จะนำหลักและแนวคิดทางกฎหมายเรื่องตกลงสมคบกันกระทำความผิดมาใช้บังคับเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ.1988 ซึ่งให้แต่ละประเทศออกกฎหมายหรือมาตรการการเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ หรือผู้สมคบคิดกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแล้วจะพบว่า กฎหมายของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษดังกล่าวบัญญัติเพียงว่า การสมคบจะต้องมีการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปหรือในกรณีที่เป็นการก่ออาชญากรรมจะต้องมีการตกลงกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดเท่านั้น²⁶ คงแตกต่างกันในบางกรณี เช่น ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกาทบทวน 18 อาญาและวิธีพิจารณาคriminal มาตรา 371 และบทที่ 21 อาญาและยา มาตรา 848 (C) (2) (A) และมาตรา 1907 (3) กำหนดว่า การสมคบจะต้องมีการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดต่อประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการก่ออาชญากรรมจะต้องมีการตกลงกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปในความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติด ส่วนพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา ค.ศ.1977 มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดไว้ และยังได้บัญญัติข้อยกเว้นกรณีบุคคลที่ไม่ต้องรับผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดไว้ด้วย แม้กฎหมายของทั้งสองประเทศดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงการตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้โดยตรง แต่ก็ได้มีการดำเนินคดีกับนิติบุคคลฐานตกลงสมคบด้วย ซึ่งสหรัฐอเมริกา มีคดี United States v. Superior Growers Supply Co., 982 F.2d 173 (6th Cir. 1992) ที่ฟ้องนิติบุคคลฐานตกลงสมคบเพื่อจัดหาวัสดุให้ผู้อื่นผลิตกัญชา แต่ศาลพิพากษายกฟ้องเพราะพยานหลักฐานรับฟังได้ว่าไม่มีการกล่าวหาในความฐานผลิตกัญชาด้วย จึงไม่มีการกระทำความผิดที่นิติบุคคลได้ตกลงสมคบเข้าช่วยเหลือผลิตกัญชา แม้ศาลไม่ได้วินิจฉัยประเด็นข้อกฎหมายว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้หรือไม่²⁷ แต่จากเนื้อหาของคำพิพากษาก็แสดงให้เห็นได้ว่านิติบุคคลตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้

(3) A person is under the age of criminal responsibility for the purposes of subsection (2)(b) above so long as it is conclusively presumed, by virtue of section 50 of the Children and Young Persons Act 1933, that he cannot be guilty of any offence; Legislation.gov.uk, **Criminal Law Act 1977** [Online], available URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45/section/2#commentary-key-56b0d892a7919b7e73b69b-f568478dfc>, 2019 (January, 28).

²⁶ Charles Doye, "Federal Conspiracy Law: A Brief Overview," **Congressional Research** 20 (January 2016): 2.

²⁷ Casetext, **Conspiracy-Drug-Cases-Insufficient-Evidence** [Online], available URL: <https://casetext.com/analysis/conspiracy-drug-cases-insufficient-evidence>, 2019 (February, 7).

นอกจากนี้คำพิพากษา คดี United States v. Sain, 141 F.3d 463, 474-75 (3d Cir. 1998); และ United States v. Stevens, 909 F.2d 431, 432-33 (11th Cir. 1990) วางหลักไว้ว่า นิติบุคคลมีความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดได้ ตามประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา บทที่ 18 อาญาและวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 371 ซึ่งในความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลจะต้องมีบุคคลธรรมดาอย่างน้อยสองคนสำหรับการสมรู้ร่วมคิดกับนิติบุคคลเพราะจะต้องมีหนึ่งคนที่แสดงเจตนาสมรู้ร่วมคิดแทนนิติบุคคล²⁸ และประเทศอังกฤษมีคำพิพากษา คดี Regina v. McDonnell [1966] 1 QB 233, (1966) 50 Cr App R 5 วางหลักว่านิติบุคคลและกรรมการผู้จัดการไม่ต้องรับผิดฐานตกลงสมคบในกรณีที่นิติบุคคลธรรมดาเพียงผู้เดียวที่มีเจตนากระทำความผิดกฎหมายและได้กระทำในฐานะกรรมการเพียงคนเดียว²⁹ อันเป็นการวางหลักว่านิติบุคคลมีความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดได้ และต้องไม่ใช่กรณีผู้แทนของนิติบุคคลสมคบกับนิติบุคคลเสียเอง เพราะผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคล³⁰ ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักกฎหมายว่านิติบุคคลมีตัวตนแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดา แต่การยกเว้นนี้มีเฉพาะกรณีผู้แทนนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหนึ่งคนตกลงสมคบกับนิติบุคคลที่ตนเป็นผู้แทนเท่านั้น ไม่รวมถึงการตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดระหว่างนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลธรรมดาเป็นผู้แทนกับบุคคลธรรมดาคนอื่นถึงแม้หลักกฎหมายตามคำพิพากษาศาลของอังกฤษในคดีดังกล่าวไม่ใช่ในคดียาเสพติดโดยตรง แต่ก็สามารถนำมาวิเคราะห์ประกอบกับประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกาบทที่ 18 อาญาและวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 371 และบทที่ 21 อาหารและยา มาตรา 848 (C) (2) (A) มาตรา 1907 (3) พระราชบัญญัติกฎหมายอาญา ค.ศ.1977 มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษ กรณีนิติบุคคลตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดากระทำความผิดเพื่อปรับใช้ในคดียาเสพติดได้

จากการนำพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 มาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษข้างต้นทำให้

²⁸Charles Doye, "Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law," **Congressional Research** 30 (October 2013): 6; Department of Justice, **Criminal Tax Manual** [Online], available URL: <https://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2012/12/05/CTM%20Chapter%2023.pdf>, 2019 (February, 7).

²⁹REGINA V MCDONNELL [1966] 1 QB 233, (1966) 50 Cr App R 5 ที่วางหลักว่า ศาลไม่สามารถพิพากษาให้บริษัทจำกัดและกรรมการมีความผิดฐานสมคบได้ เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าบุคคลธรรมดาเพียงผู้เดียวที่มีเจตนากระทำความผิดกฎหมายและได้กระทำในฐานะกรรมการเป็นคนเดียว; Swarb.co.uk, **REGINA V MCDONNELL: 1996** [Online], available URL: <https://swarb.co.uk/regina-v-mcdonnell-1966>, 2019 (January, 28).

³⁰Glanville William, **Criminal Law: The General Part**, 2nd ed. (London: Stevens & Sons Ltd, 1961), p. 861, อ้างถึงใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, เรื่องเดิม, หน้า 41.

เห็นว่า แม้ตัวบทกฎหมายไม่บัญญัติกรณีนิติบุคคลตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้ แต่ก็มีการใช้บังคับและดำเนินคดีกับนิติบุคคลด้วย ส่วนประเทศไทย พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 ไม่ได้บัญญัติความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ แตกต่างกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 9 และมาตรา 61 ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายเกิดความลังเลในการนำพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาใช้เพื่อปราบปรามนิติบุคคลที่ตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เพราะตัวการผู้กระทำความผิดเป็นผู้แทนนิติบุคคลซึ่งได้มีการดำเนินคดีกับผู้แทนนิติบุคคลอยู่แล้ว ทำให้นิติบุคคลซึ่งเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดไม่ถูกดำเนินคดีไปด้วย และเมื่อนิติบุคคลไม่ถูกดำเนินคดีก็สามารถอาศัยโอกาสดังกล่าวฉวยโอกาสทำผิดได้ต่อไปอีก ทำให้เกิดช่องว่างของการบังคับใช้กฎหมาย และทำให้การปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวเห็นควรให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2535 มาตรา 8 โดยกำหนดโทษสำหรับนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 9 และมาตรา 61

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 บัญญัติความผิดและโทษสำหรับการตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้ แต่ไม่ได้บัญญัติโทษที่จะลงแก่นิติบุคคล ทำให้ไม่สามารถปราบปรามนิติบุคคลที่ตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะองค์กรอาชญากรรมที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในบางครั้งมีการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือ หรือเพื่อความสะดวกในการกระทำความผิด ดังนั้นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 โดยกำหนดโทษแก่นิติบุคคลโดยเฉพาะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 61 อันเป็นไปตามแนวคิดการป้องกันอาชญากรรมและการนิบัติบัญญัติเพื่อปราบปรามนิติบุคคลที่ตกลงสมคบกับบุคคลธรรมดาเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยเฉพาะการตกลงสมคบกันที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมให้มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้การเพิ่มเติมความรับผิดชอบของกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในกรณีที่การกระทำความผิดของนิติบุคคลเกิดจากการ

สั่งการหรือการกระทำของกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือกระทำและละเว้นไม่สั่งการหรือไม่กระทำจนเป็นเหตุให้นิติบุคคลนั้นตกลงสมคบกับบุคคลอื่นกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และถ้าได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเพราะเหตุที่ได้มีการตกลงสมคบกันผู้ตกลงสมคบกันนั้นกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องได้รับโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นอันแตกต่างจากหลักกฎหมาย Common Law ซึ่งกรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเป็นผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลในการสมคบกับบุคคลอื่น จึงไม่สามารถตกลงสมคบกับนิติบุคคลที่ตนเองเป็นผู้แทนได้ ดังเช่น คดี United States v. Sain, 141 F.3d 463, 474-75 (3d Cir. 1998) และคดี United States v. Stevens, 909 F.2d 431, 432-33 (11th Cir. 1990) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และคดี Regina v. McDonnell [1966] 1 QB 233, (1966) 50 Cr App R 5 ของประเทศอังกฤษ จึงต้องบัญญัติความรับผิดของบุคคลดังกล่าวต่างหาก โดยเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 61 แม้จะตีความหลักกฎหมายว่า กรรมการ หรือผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคล ไม่สามารถตกลงสมคบกับนิติบุคคลที่ตนเองเป็นผู้แทนได้ แต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏชัดแจ้งว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตกลงกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยไม่มีการสมคบกับบุคคลอื่นอีก เช่นนี้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลยังคงรับผิดในฐานะตัวการร่วมกันกระทำความผิดได้ การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาตรา 8 จะทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องการตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลและสามารถปราบปรามนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาที่ตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บรรณานุกรม

- ไทยพีบีเอส. **ข่าวไทยพีบีเอส** [Online]. Available URL: <https://news.thaipbs.or.th/content/274254>, 2562 (มกราคม, 28).
- ศาลฎีกา. **ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา** [Online]. Available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2562 (กุมภาพันธ์, 15).
- สำนักปราบปรามยาเสพติด สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด กระทรวงยุติธรรม. **ผลการปราบปรามยาเสพติดทั่วประเทศ ประจำปี 2560**. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บางกอกบล็อก, 2560.
- สุจิต ปัญญาฤกษ์. **คดียาเสพติด**. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยามพับลิชชิง จำกัด, 2560.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. **ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, 2553.
- อุทัย อาทิวา. **หลักและทฤษฎี: ความผิดอาญาและโทษ**. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พรินติ้ง, 2561.
- พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542.
- พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- คำพิพากษาศาลอาญา คดีหมายเลขดำที่ อย.5773/2557 หมายเลขแดงที่ อย.4395/2558.
- คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขดำที่ ยส.8066/2559 หมายเลขแดงที่ ยส.4034/2560.
- Casetext. **Conspiracy-Drug-Cases-Insufficient-Evidence** [Online]. Available URL: <https://casetext.com/analysis/conspiracy-drug-cases-insufficient-evidence>, 2019 (February, 7).
- _____. "Federal Conspiracy Law: A Brief Overview." **Congressional Research** 20 (January 2016): 1-23.
- Charles Doye. "Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law." **Congressional Research** 30 (October 2013): 1-30.
- Cornell Law School. **Legal Information Institute** [Online]. Available URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>, 2019 (January, 28).
- Criminal Law Act 1977.

- Department of Justice. **Criminal Tax Manual** [Online]. Available URL: <https://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2012/12/05/CTM%20Chapter%2023.pdf>, 2019 (February, 7).
- Friedmann W. **Legal Theory**. 5th. ed. New York: Columbia University, 1967.
- Glanville William. **Criminal Law: The General Part**. 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd, 1961.
- อ้างอิงใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. **ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- Legislation.gov.uk. **Criminal Law Act 1977** [Online]. Available URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45/section/2#commentary-key-56b0d892a7919_b7e73b69bf568478dfc, 2019 (January, 28).
- Radzaninowicz L. & Turner J. W. C. "The Language of Criminal Science." **The Cambridge Law Journal** 7, 2 (1940): 233-236. อ้างอิงใน คณพล จันทร์หอม. **รากฐานกฎหมายอาญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- Swarb.co.uk. **REGINA V MCDONNELL: 1996** [Online]. Available URL: <https://swarb.co.uk/regina-v-mcdonnell-1966>, 2019 (January, 28).
- U.S. Code.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988.
- United Nations Office on Drugs and Crime. **United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988** [Online]. Available URL: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf, 2019 (January, 28).

ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
ของสาธารณรัฐประชาชนจีน

ดร.ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์

ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ของสาธารณรัฐประชาชนจีน

Introduction to Civil Procedure Law of the People's Republic of China

ดร.ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์*
Dr.Yodsapon Nitiruchirot

บทคัดย่อ

หลังจากที่จีนได้เปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลางมาเป็นระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยกลไกตลาด¹ หรือที่เรียกว่านโยบายเปิดประเทศของจีน (open door policy) ระบบเศรษฐกิจของจีนก็ได้เจริญเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว จนต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในเพื่อรองรับกับความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะในส่วนของกฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการค้า การลงทุนและการจ้างงานในประเทศจีน

ประเทศจีนได้ประกาศใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปี ค.ศ.1991 และได้มีการปรับปรุงแก้ไขเรื่อยมา โดยมีการแก้ไขล่าสุดเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ.2017 กฎหมายฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายที่มีความก้าวหน้าและทันสมัย มุ่งคุ้มครองสิทธิของคู่ความในการต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกันและพยายามนำระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหามาใช้ ในขณะที่ประเทศจีนก็ยังคงรักษาอำนาจของรัฐตามแนวคิดของลัทธิสังคมนิยม ดังนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีนจึงเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะและน่าสนใจอย่างยิ่ง

*หัวหน้าหน่วยวิจัยกฎหมายและการพัฒนาพื้นที่ชายแดน, อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, น.ม. สาขากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. Xiamen University. E-mail: surino_juris@hotmail.com.

Head of Research Unit on Border Area Law and Development: ReBALD, Lecturer in Law, Mae at FahLuang University; LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Law at Thammasat University, LL.D. at Xiamen University, the People's Republic of China.

วันที่รับบทความ (received) 24 พฤศจิกายน 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 15 กุมภาพันธ์ 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 25 กุมภาพันธ์ 2562.

¹ คึกดา ธนิตกุล, “กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศจีน,” วารสารราชบัณฑิตยสภา 41, 2 (2559): 224.

Abstract

After China has changed her economic system from central-planned economy to market-oriented economy, sometimes called open door policy, Chinese economic system has rapidly growth. Therefore, to accommodate economic changes abovementioned, China has amended her internal laws especially laws concerning dispute settlement arising from trade, investment, and employment in China.

China has adopted the Civil Procedure Law in 1991 and consistently improved. The last update version is amended in June 2017. This law is extremely progressive and modern which aims to equally protect the rights of parties in the case and try to apply an accusatorial system. On the other hand, China still has to maintain her power in accordance with the concept of socialism. Hence, the Chinese civil procedure law is very specific and interesting.

คำสำคัญ: กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, การระงับข้อพิพาท, ระบบกฎหมายจีน

Keywords: civil procedure law, dispute settlement, Chinese legal system

1. บทนำ

สาธารณรัฐประชาชนจีนหรือประเทศจีน (中华人民共和国) มีเนื้อที่ประมาณ 9.6 ล้านตารางกิโลเมตร (ประเทศไทยมีเนื้อที่ 513,115 ตารางกิโลเมตร)² มีประชากรมากที่สุดในโลก กว่า 1,400 ล้านคน มีชนเผ่าทั้งหมด 56 ชนเผ่า ภาษาที่ใช้มีมากถึง 60 ภาษา ซึ่งแต่ละชนเผ่าก็จะมีวัฒนธรรมและการแต่งกายต่างกันไป ดังนั้น การปกครองและบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้ปกครองประเทศจีนทั้งประเทศนั้นจึงไม่ใช่เรื่องง่าย

ในปี ค.ศ.1978 ประเทศจีนได้ริเริ่มพัฒนาเศรษฐกิจโดยตั้งเสี่ยวผิง (ผู้นำรุ่นที่สอง) ภายใต้ระบอบเศรษฐกิจแบบผสม ทำให้เศรษฐกิจของจีนซึ่งนำโดยการลงทุนและการส่งออก เติบโตขึ้นถึง 70 เท่าและกลายเป็นมหาอำนาจทางเศรษฐกิจที่เติบโตเร็วที่สุด

ด้วยการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างรวดเร็วและมีนโยบายเปิดประเทศให้ชาวต่างชาติเข้าไปทำการค้าการลงทุนในประเทศจีน ทำให้ต้องสร้างกลไกระงับข้อพิพาททางแพ่งให้มีความยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับในสากล ประเทศจีนจึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอย่างต่อเนื่อง ทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนมีความทันสมัยและเป็นหลักประกันความยุติธรรมต่อผู้ที่จะใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่งในประเทศจีน ซึ่งเป็นไปตามมติที่ประชุมพรรคคอมมิวนิสต์จีนส่วนกลางเต็มคณะครั้งที่ 18³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนจึงเป็นกฎหมายที่น่าสนใจและพึงได้รับการศึกษา

ด้วยเหตุดังกล่าว บทความนี้จึงมุ่งเน้นที่จะศึกษากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีแพ่งของจีนโดยสังเขป ทั้งนี้เพื่อให้ทราบและอาจนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยและนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายของไทยต่อไปในอนาคต

2. วิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน⁴

ภายหลังการก่อตั้งสาธารณรัฐประชาชนจีนแล้วในปี ค.ศ.1950 คณะกรรมาธิการร่างกฎหมายของจีนได้จัดทำร่างหลักทั่วไปว่าด้วยกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน ซึ่งประกอบด้วย 3 หลักการหลัก ได้แก่ 1) แก้ไขปัญหาความซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาที่องค์กรศาลเดิมได้จัดทำไว้ 2) สร้างกระบวนการพิจารณาที่มีความสะดวก มีประสิทธิภาพและอยู่บนพื้นฐานของความจริง และ 3) ศาล

² หากเปรียบเทียบในด้านเนื้อที่ ประเทศจีนมีขนาดใหญ่กว่าประเทศไทยประมาณ 19 เท่า.

³ Gong Nan, "The Modern Reform of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China," *Journal of Siberian Federal University, Humanities & Social Sciences* 11 (2017): 1694.

⁴ โปรดดู Weijian Tang, "The Evolution of the Civil Procedure System of China," *Frontiers of Law of China*, Vol. 7, No. 2 (2012): 191.

ต้องการกฎหมายที่มีสาระสำคัญระหว่างการพิจารณาคดี ในปี ค.ศ.1951 รัฐบาลกลางของจีนได้ประกาศใช้ กฎชั่วคราวว่าด้วยองค์กรศาล คำสั่งชั่วคราวว่าด้วยอัยการสูงสุดและหลักการเกี่ยวกับองค์กรของศาล ในระดับชั้นที่แตกต่างกัน ส่งผลให้ศาลจีนในสมัยนั้นแบ่งออกเป็น 3 ลำดับชั้น ศาลเมือง ศาลมณฑล และศาลสูงสุด ซึ่งคำพิพากษาจะถึงที่สุดในการพิจารณารอบสองเว้นแต่ในกรณีที่มิสถานการณ์พิเศษคำพิพากษาจะถึงที่สุดในการพิจารณารอบที่สามหรือรอบแรก ในปี ค.ศ.1956 ศาลสูงสุดได้ประกาศข้อสรุป กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับศาลทุกระดับชั้นในการสืบพยานคดีแพ่งประกอบด้วย 7 ส่วน ได้แก่ การรับคดี ขั้นตอนก่อนการพิจารณา กระบวนการพิจารณา การตัดสิน การอุทธรณ์ การพิจารณาคดีใหม่ การบังคับคดี ซึ่งต่อมาในปีถัดไปได้แก้ไขบทสรุปและร่างกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง 84 มาตรา จนกระทั่ง ในปี ค.ศ.1963 ศาลสูงสุดได้จัดสัมมนาระดับประเทศครั้งที่ 1 ว่าด้วยกฎหมายการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและได้ทำรายงานความเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขร่างกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งและศาลสูงสุดได้จัดสัมมนาครั้งที่สอง จนกระทั่งได้ประกาศกฎว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีแพ่ง ประกอบด้วยเรื่องต่างๆ เพื่อบังคับใช้ชั่วคราวก่อนจะจัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบด้วยเรื่องต่างๆ เช่น การรับฟ้อง การเตรียมคดี การตรวจสอบคดี มาตรการป้องกัน การไกล่เกลี่ย การสืบพยาน การตัดสินคดี การอุทธรณ์ บังคับคดี การขอพิจารณาคดีใหม่ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การพัฒนากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนต้องหยุดชะงักลงในช่วงที่ การเมืองภายในของจีนมีความวุ่นวาย กล่าวคือ ช่วงการปฏิวัติวัฒนธรรมระหว่างปี ค.ศ.1966-1976 ในช่วงเวลาดังกล่าวจีนเข้าใกล้สภาพการเป็นรัฐที่ไร้กฎหมาย ไม่มีการบัญญัติกฎหมายโดยองค์กรของรัฐที่เป็นทางการ ศาลประชาชนและอัยการอยู่ภายใต้การควบคุมของทหาร⁵ ซึ่งทำให้การพัฒนา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต้องหยุดชะงักตามไปด้วย จนกระทั่งประเทศจีนได้หันกลับมาพัฒนาระบบกฎหมายภายในอีกครั้งหลังจากสิ้นสุดการปฏิวัติวัฒนธรรมในยุคของผู้นำยุคที่สอง เต็งเสี่ยวผิง ในฐานะที่ปรึกษาพรรคคอมมิวนิสต์จีน

ในการประชุมคณะกรรมการถาวรสภาประชาชนแห่งชาติ (全国人民代表大会常务委员会 Standing Committee of the National People's Congress: SCNPC) ชุดที่ 5 สมัยที่ 22 ได้ประกาศกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 1982 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 1982 จึงกล่าวได้ว่านี่คือกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับแรกของจีนนับแต่ปี ค.ศ.1949 (ปีก่อนตั้งสาธารณรัฐประชาชนจีน) ประกอบด้วย 23 บท 205 มาตรา อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ ก็ยังมีปัญหา ในการบังคับใช้อยู่หลายประการ

⁵อาร์ม ตั้งนิรันดร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 50.

อย่างไรก็ตาม ต่อมาคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายของคณะกรรมการถาวรสภาประชาชนแห่งชาติได้เริ่มแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตั้งแต่ ปี ค.ศ.1986 และได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 9 เมษายน 1991 ในสมัยประชุมที่ 4 ของสภาประชาชนแห่งชาติ (全国人民代表大会 National People Congress: NPC) ชุดที่ 7 กฎหมายฉบับนี้ประกอบด้วย 27 บท 270 มาตรา และได้ใช้บังคับมาจนกระทั่งปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกแก้ไขอีกหลายครั้ง เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 ปี ค.ศ.2007 ครั้งที่ 3 ปี ค.ศ.2012 และครั้งล่าสุด ปี ค.ศ.2017

3. วัตถุประสงค์และหลักการพื้นฐาน

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องการใช้สิทธิทางกฎหมายของคู่ความในคดี ทำให้มั่นใจในข้อเท็จจริงโดยศาล แยกแยะความถูกต้อง ใช้กฎหมายอย่างถูกต้อง พิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ยืนยันสิทธิและหน้าที่ของคู่ความ กำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดทางแพ่ง ป้องกันสิทธิและผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่ความ ทำให้ประชาชนเคารพต่อกฎหมาย รักษากฎหมายเกี่ยวกับสังคมและเศรษฐกิจและรับประกันการสร้างระบบสังคมนิยมอย่างราบรื่น⁶

คู่ความที่เป็นชาวต่างชาติหรือไร้สัญชาติจะได้รับการรับรองให้มีสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางแพ่งเช่นเดียวกับประชาชนจีน อย่างไรก็ตาม หากศาลประเทศของชาวต่างชาตินั้นมิได้ให้สิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางแพ่งแก่ประชาชนจีนเช่นเดียวกับประชาชนสัญชาติของประเทศนั้น ศาลจีนจะยึดหลักต่างตอบแทนกับประชาชนของประเทศนั้น⁷

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนกำหนดให้ศาลต้องพยายามไกล่เกลี่ยคดีก่อน หากไม่สามารถไกล่เกลี่ยได้ก็ให้ศาลเร่งพิจารณาคดีและพิพากษาโดยเร็ว⁸

เนื่องจากประเทศจีนเป็นประเทศที่ใหญ่มีประชากรกว่า 1,400 ล้านคน มีภาษาที่ใช้มากกว่า 60 ภาษา ดังนั้น การดำเนินคดีแพ่งในศาลจีนนั้นคู่ความไม่ว่าจะมีสัญชาติใดหรือเป็นชนกลุ่มน้อย (少数民族) ในประเทศจีนย่อมมีสิทธิที่จะใช้ภาษาตัวเองในการพิจารณาคดีได้ และกฎหมายยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลในการจัดการแปลให้ผู้ร่วมในการพิจารณาคดี (Participant in the proceeding) ที่ไม่ทราบภาษานั้นๆ⁹ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าคำว่าผู้ร่วมในการพิจารณาคดี น่าจะหมายถึงเฉพาะคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียในคดีเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลที่เป็นพยานหรือเป็นเจ้าหน้าที่ศาล

⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 2.

⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 5.

⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 9.

⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 11.

ยิ่งกว่านั้นในมาตรา 44 วรรค 4 ยังกำหนดไว้อีกว่าเจ้าหน้าที่ศาล (judicial officer: 审判人员) หมายรวมถึงผู้แปลภาษาด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการจัดการแปลภาษาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของจีนเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้จัดเตรียม การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้แสดงให้เห็นถึงการเตรียมพร้อมสำหรับการเข้ามาทำงานทำธุรกิจของชาวต่างชาติ

อย่างไรก็ตาม หากพื้นที่ชนกลุ่มน้อยปกครองตนเองมีลักษณะพิเศษ สามารถกำหนดบทบัญญัติเฉพาะเพื่อพิจารณาคดีในท้องถิ่นนั้นได้ ทั้งนี้ต้องไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญของจีนและหลักการแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการถาวรสภาประชาชนแห่งชาติ¹⁰

การดำเนินคดีแพ่งมีความรวดเร็วโดยมีกำหนดเวลาพิจารณาคดีอย่างชัดเจน เช่น การพิจารณาคดีโดยทั่วไปศาลต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 6 เดือนนับแต่วันเริ่มคดี กรณีมีความจำเป็นต้องขยายระยะเวลาต้องได้รับอนุญาตจากผู้พิพากษาหัวหน้าศาลและหากจำเป็นต้องขยายอีกครั้ง ก็ต้องขออนุญาตต่อศาลที่สูงกว่า¹¹ หรือหากเป็นคดี민โนสาเร่ต้องพิจารณาไม่เกิน 3 เดือนนับแต่วันเริ่มคดี¹² อีกทั้งศาลต้องดำเนินคดีอย่างเปิดเผย (public trial) ทั้งการพิจารณาและการพิพากษา¹³ ซึ่งสาธารณชนและสื่อต่างๆ สามารถเข้าถึงได้ เว้นแต่คดีบางประเภท เช่น คดีเกี่ยวกับความลับของประเทศหรือคดีส่วนตัวของเอกชนโดยแท้ เช่น คดีหย่าหรือคดีที่เกี่ยวกับความลับทางการค้า¹⁴ เป็นต้น

4. อำนาจศาลตามลำดับชั้นและเขตอำนาจศาล

ศาลประชาชนจีนแบ่งออกเป็น 4 ลำดับชั้น ได้แก่ ศาลประชาชนระดับพื้นฐาน ศาลประชาชนระดับกลาง ศาลประชาชนระดับสูงและศาลประชาชนสูงสุด ศาลประชาชนในแต่ละระดับชั้นมีเขตอำนาจที่แตกต่างกันไป นอกจากนั้นกฎหมายยังได้กำหนดเขตอำนาจของศาลไว้โดยละเอียดอีกด้วย

¹⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 16.

¹¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 149.

¹² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 161.

¹³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 10, มาตรา 134.

¹⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 68.

4.1 อำนาจศาลตามลำดับชั้น (级别管辖)

4.1.1 ศาลประชาชนระดับพื้นฐาน (基层人民法院) มีเขตอำนาจเป็นศาลชั้นแรกเหนือคดีแพ่งทั้งปวงเว้นแต่กฎหมายจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁵ ตัวอย่างศาลประชาชนระดับพื้นฐาน เช่น ศาลประจำอำเภอและนคร ศาลประจำเภอเขตปกครองตนเอง ศาลประจำเขตภายในนคร

4.1.2 ศาลประชาชนระดับกลาง (中级人民法院) มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีชั้นแรก ในคดีที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ คดีที่มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อพื้นที่ (ในระดับอำเภอ) และคดีที่ศาลประชาชนสูงสุดกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลชั้นกลาง¹⁶ ศาลประชาชนระดับกลาง ได้แก่ ศาลระดับมณฑล มหานคร นคร จังหวัดปกครองตนเอง

4.1.3 ศาลประชาชนระดับสูง (高级人民法院) มี 31 ศาลทั่วประเทศ มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีชั้นแรก ในคดีที่มีผลกระทบร้ายแรงในระดับมณฑล เขตปกครองตนเอง มหานคร¹⁷ และคดีอุทธรณ์คำพิพากษาศาลประชาชนระดับกลางตัวอย่างเช่น ศาลประจำมณฑล ศาลประจำเขตปกครองตนเอง ศาลประจำมหานคร

4.1.4 ศาลประชาชนสูงสุด (最高人民法院) ตั้งอยู่ที่กรุงปักกิ่ง มีผู้พิพากษา 500 นาย มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีชั้นแรกในคดีที่มีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อทั้งประเทศและคดีที่ศาลประชาชนสูงสุดเห็นว่าควรพิจารณาพิพากษาด้วยตนเอง¹⁸

อย่างไรก็ตาม หากศาลประชาชนที่อยู่ในลำดับสูงกว่าเห็นว่าคดีควรอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่า ศาลที่สูงกว่าชอบที่จะส่งสำนวนคดีมาให้ศาลที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าพิจารณาได้ แต่ศาลที่สูงกว่าต้องส่งสำนวนคดีไปยังศาลที่อยู่ในระดับที่สูงกว่าเพื่อขออนุญาตด้วย ในทางกลับกันหากศาลที่อยู่ในระดับที่ต่ำกว่าเห็นว่าคดีควรได้รับการพิจารณาโดยศาลที่อยู่ในระดับที่สูงกว่า ศาลที่อยู่ในระดับต่ำกว่าก็สามารถร้องขอให้ศาลที่อยู่ในระดับสูงกว่าพิจารณาได้เช่นกัน¹⁹

4.2 เขตอำนาจศาล (管辖权)

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนได้อาศัยหลักเกณฑ์หลายอย่างในการกำหนดเขตอำนาจศาล เช่น ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ประจำของจำเลย ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ประจำของโจทก์ สถานที่เกิดเหตุหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุที่สุด สถานที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา สถานที่อสังหาริมทรัพย์ ตั้งอยู่ เป็นต้น ผู้เขียนจะขอแบ่งเขตอำนาจศาลของจีนคดีแพ่งออกเป็นบทๆ ดังต่อไปนี้

¹⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 17.

¹⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 18.

¹⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 19.

¹⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 20.

¹⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 38.

4.2.1 เขตอำนาจศาลตามภูมิลำเนาของจำเลย

ภูมิลำเนาและถิ่นที่อยู่ประจำของจำเลยถือเป็นเกณฑ์สำคัญในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่งของจีน กล่าวคือ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน หากโจทก์จะยื่นฟ้องจำเลยเป็นคดีแพ่งต่อศาลประชาชนจีนโดยหลักโจทก์ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนา ทั้งนี้เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ที่ถูกฟ้องคดี แต่ถ้าภูมิลำเนาของจำเลยแตกต่างจากสถานที่ที่จำเลยมีถิ่นที่อยู่ประจำ ให้ถือเอาตามสถานที่ที่จำเลยมีถิ่นที่อยู่ประจำเป็นหลัก²⁰ หากเป็นคดีที่ฟ้องนิติบุคคลให้ฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ณ ที่ที่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่²¹ และในกรณีที่คดีใดมีจำเลยหลายคนและจำเลยเหล่านั้นมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในเขตอำนาจศาลที่ต่างกัน ศาลเหล่านั้นย่อมมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีได้²²

4.2.2 เขตอำนาจศาลตามภูมิลำเนาของโจทก์

ในคดีแพ่งนั้นในบางกรณีโจทก์สามารถฟ้องต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาได้ เช่น คดีเกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำในประเทศจีน คดีเกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่สาบสูญ คดีที่ฟ้องบุคคลซึ่งถูกบังคับใช้มาตรการบังคับทางการศึกษาและคดีที่ฟ้องบุคคลซึ่งถูกคุมขังในเรือนจำ²³

4.2.3 เขตอำนาจศาลนอกเหนือจากศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนา

นอกจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนจะกำหนดให้โจทก์ฟ้องคดีแพ่งต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือมีถิ่นที่อยู่ประจำแล้ว ในคดีพิเศษบางคดี โจทก์ยังสามารถฟ้องต่อศาลอื่นนอกจากศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาได้อีก เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาโจทก์สามารถฟ้องต่อศาลที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา²⁴ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกันภัยสามารถฟ้องต่อศาลที่วัตถุที่เอาประกันตั้งอยู่²⁵ คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับตัวเงินสามารถฟ้องต่อศาลที่จะต้องจ่ายเงินตามตัวเงิน²⁶ ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาว่าด้วยการคมนาคมขนส่งทางรถไฟ ทางบก ทางน้ำและทางอากาศ สามารถฟ้องต่อศาลต้นทางหรือปลายทางของการคมนาคมขนส่ง²⁷ คดีละเมิดสามารถฟ้องต่อศาลที่ทำละเมิด²⁸ กรณี

²⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 21 วรรค 1.

²¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 21 วรรค 2.

²² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 21 วรรค 3.

²³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 22.

²⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 23.

²⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 24.

²⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 25.

²⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 27.

²⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 28.

ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากอุบัติเหตุจากการคมนาคมขนส่งทางรถไฟ ทางบก ทางน้ำและทางอากาศ สามารถฟ้องต่อศาลที่อุบัติเหตุเกิดหรือยานพาหนะไปถึงเป็นที่แรกหลังจากที่เกิดอุบัติเหตุ²⁹ คดีเรียกค่าเสียหายจากเรือโดนกันในทะเลหรืออุบัติเหตุในท้องทะเลสามารถฟ้องต่อศาลที่อุบัติเหตุเกิดหรือท่าเรือแรกที่เรือเทียบท่าหลังจากเกิดอุบัติเหตุหรือที่ที่เรือถูกควบคุม³⁰

4.2.4 เขตอำนาจศาลเฉพาะ (exclusive jurisdiction)

แม้ว่าภูมิลำเนาจำเลยจะเป็นเกณฑ์สำคัญในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีแพ่ง แต่ในบางคดีข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของคดีไม่ได้อยู่ที่ภูมิลำเนาของจำเลยและภูมิลำเนาของจำเลยก็ไม่ใช่สาระสำคัญที่จะใช้ในการกำหนดเขตอำนาจศาล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนจึงได้กำหนดเขตอำนาจศาลเฉพาะในบางคดีที่โจทก์ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ต้องคำนึงถึงภูมิลำเนาของจำเลย เช่น คดีเรียกค่ากู้ซากเรือให้ฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในสถานที่ได้ดำเนินการกู้ซากเรือหรือท่าเรือที่ถูกกู้ซากเข้าเทียบเป็นท่าแรกหลังจากเกิดภัยพิบัติ³¹ คดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัท คุณสมบัติของผู้ถือหุ้น การแบ่งปันผลประโยชน์ในบริษัทสามารถยื่นฟ้องต่อศาลที่บริษัทตั้งอยู่³² คดีการเฉลี่ยความเสียหายทางทะเล (เป็นวิธีจัดสรรหรือกระจายค่าเสียหายที่เกิดจากความเสียหายในการเดินเรือไปยังผู้ได้รับประโยชน์ที่เรือและสินค้าของเขาได้รับการช่วยเหลือเอาไว้ได้)³³ สามารถฟ้องต่อศาลที่ทำเรือที่เรือมาถึงเป็นท่าเรือแรกตั้งอยู่ สถานที่ที่มีการจัดการค่าเฉลี่ยความเสียหายและสถานที่จุดหมายปลายทางของการเดินทาง³⁴ คดีที่เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ให้เสนอคำฟ้องต่อศาลที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่³⁵ คดีพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติการในท่าเรือให้ยื่นฟ้องต่อศาลที่ทำเรือตั้งอยู่³⁶ และคดีมรดกให้ฟ้องต่อศาลที่ผู้ตายมีถิ่นที่อยู่ขณะถึงแก่ความตาย (死亡时住所地) หรือศาลที่ทรัพย์มรดกตั้งอยู่³⁷

²⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 29.

³⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 30.

³¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 31.

³² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 26.

³³ ปกฉัตร เผือกสุวรรณ, “วิเคราะห์พระราชบัญญัติการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจากภัยอันตรายในการเดินเรือ พ.ศ.2547: ศึกษาเปรียบเทียบกับYork-AntwerpRules 1994 และ York-AntwerpRules 2004,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 4.

³⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 32.

³⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 33 (1).

³⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 33 (2).

³⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 33 (3).

4.2.5 การตกลงเลือกศาล

คู่พิพาทในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาหรือสิทธิหรือผลประโยชน์อื่นๆ ในทรัพย์สิน อาจจะตกลงเลือกศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนา สถานที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา สถานที่ทำสัญญาที่โจทก์มี ภูมิลำเนา สถานที่ทรัพย์สินพิพาทตั้งอยู่ หรือสถานที่ที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท กล่าวคือ คู่พิพาทแม้มี อิสระที่จะตกลงเลือกศาลได้แต่จะต้องเป็นศาลที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับคดีด้วย อีกทั้งการตกลงเลือกศาล นั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ว่าด้วยอำนาจศาลตามลำดับชั้นและเขตอำนาจศาล เฉพาะดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น³⁸

4.2.6 คดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลมากกว่าสองศาล

ในกรณีที่ศาลประชาชนสองศาลหรือเกินกว่านั้นมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี โจทก์สามารถฟ้องต่อศาลประชาชนแห่งใดแห่งหนึ่งที่มีเขตอำนาจ หากโจทก์ได้ยื่นฟ้องต่อสองศาล ประชาชนสองศาลหรือเกินกว่านั้น (คดีที่มีโจทก์หลายคนและได้ยื่นฟ้องศาลต่างกัน) ศาลประชาชนที่ รับคำฟ้องไว้เป็นศาลแรกจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีนั้น³⁹

4.2.7 การขอโอนคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจ

กรณีที่ศาลที่ได้รับคดีไว้พิจารณาแล้วพบว่า ไม่มีเขตอำนาจต้องขอโอนคดีไปยัง ศาลที่มีเขตอำนาจ โดยศาลที่จะได้รับโอนคดีต้องให้ความยินยอมด้วย⁴⁰ แต่ในกรณีที่มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจ ศาล เช่น 1) ศาลที่จะรับโอนคดีเห็นว่าศาลตนไม่มีเขตอำนาจ 2) ศาลที่รับคดีไม่สามารถพิจารณาคดี ได้ด้วยเหตุผลพิเศษบางประการ เช่น เหตุสุดวิสัยหรือ 3) ข้อพิพาทระหว่างศาลเนื่องจากแก่งแย่งหรือ เกี่ยงจนการพิจารณาคดี ให้ศาลสูงเป็นผู้ชี้ขาดให้ศาลหนึ่งศาลใดที่มีเขตอำนาจเป็นผู้พิจารณาคดี⁴¹

5. องค์คณะผู้พิพากษา ความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการดำเนินคดี

5.1 องค์คณะผู้พิพากษา

องค์คณะผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีชั้นแรกอาจประกอบด้วยผู้พิพากษาและคณะลูกขุน (陪审员)⁴² หรือจะมีแต่ผู้พิพากษาก็ได้ แต่จำนวนองค์คณะต้องเป็นจำนวนคี่เท่านั้น⁴³ ในระหว่าง

³⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 34.

³⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 35.

⁴⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 36.

⁴¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 36-37.

⁴² กฎหมายว่าด้วยการคัดเลือกคณะลูกขุน 《人民陪审员选任办法》 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 2018 โดยกระทรวงยุติธรรม.

การพิจารณาพิพากษาคดีคณะลูกขุนย่อมมีสิทธิและหน้าที่เปรียบกับผู้พิพากษา⁴⁴ แต่ในคดีที่อาจใช้วิธีพิจารณาคดีแบบง่ายหรือแบบย่อ (简易程序审理) ผู้พิพากษานายเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้⁴⁵ ส่วนการพิจารณาคดีชั้นที่สององค์คณะต้องประกอบด้วยผู้พิพากษาเท่านั้นและเป็นจำนวนคี่⁴⁶ ซึ่งในการตัดสินคดีจะต้องอาศัยเสียงข้างมากเช่นกัน⁴⁷

5.2 หลักความเป็นกลางในการดำเนินคดี

รัฐธรรมนูญของจีนได้บัญญัติให้การรับรองการใช้อำนาจของศาลต้องมีความเป็นกลางและปราศจากการถูกแทรกแซงจากองค์กรฝ่ายปกครอง องค์กรสาธารณะและเอกชน⁴⁸ จะเห็นได้ว่าประเทศจีนให้ความสำคัญกับความเป็นกลางของกระบวนการยุติธรรมเป็นอย่างยิ่ง โดยกฎหมายจะควบคุมเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับคดี โดยเรียกเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับคดีทั้งหมดว่าเจ้าพนักงานคดี (审判人员) หมายถึง ผู้พิพากษา คณะลูกขุน เสมียน (书记员) ล่าม ผู้เชี่ยวชาญและผู้ตรวจสอบ (勘验人)⁴⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนกำหนดให้เจ้าพนักงานคดีต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง โดยไม่สามารถร่วมงานเลี้ยงหรือรับของขวัญจากคู่ความหรือผู้แทนเฉพาะคดี (诉讼代理人)⁵⁰ หากเจ้าพนักงานคดีรับของขวัญหรือผลประโยชน์อื่นใดจากคู่ความหรือผู้แทนเฉพาะคดีหรือปิดป้องกฎหมายเกี่ยวกับการตัดสินจะต้องถูกดำเนินการตามกฎหมายและหากการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาบุคคลนั้นจะต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมายอาญาด้วย⁵¹

เจ้าพนักงานคดีที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความหรือผู้แทนเฉพาะคดีหรือมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือแม้แต่มีความสัมพันธ์กับคู่ความหรือผู้แทนเฉพาะคดีจนอาจกระทบต่อความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ต้องถอนตัวจากคดี (回避) หรือคู่ความอาจร้องขอให้บุคคลเหล่านั้นถอนตัวออกจากคดีด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร⁵² นอกจากนั้นคู่ความยังอาจร้องขอให้เจ้าพนักงานคดีถอนตัวออก

⁴³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 39 (1).

⁴⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 39 (3).

⁴⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 39 (2).

⁴⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 40.

⁴⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 42.

⁴⁸ รัฐธรรมนูญของจีน, มาตรา 126.

⁴⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 44 วรรค 4.

⁵⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 43 วรรค 1.

⁵¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 43 วรรค 2.

⁵² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 44 วรรค 1.

จากคดี หากพบว่าเจ้าพนักงานคดีได้รับของขวัญหรือร่วมงานเลี้ยงสังสรรค์กับคู่ความหรือผู้แทนเฉพาะคดีที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 43 โดยผู้ที่ร้องขอให้เจ้าพนักงานคดีถอนตัวต้องยื่นคำร้องก่อนที่จะเริ่มพิจารณาคดีหรือก่อนจะแถลงการณ์ปิดคดีหากว่าได้ทราบเหตุสำหรับการถอนตัวภายหลังจากคดีได้เริ่มพิจารณาแล้ว ระหว่างรอคำสั่งของศาลในเรื่องดังกล่าว เจ้าพนักงานคดีผู้นั้นต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวเว้นแต่จะมีความจำเป็นเร่งด่วน⁵³ การสั่งให้หัวหน้าศาลถอนตัวจากคดีต้องพิจารณาโดยคณะกรรมการศาล (委员会) แต่การสั่งให้เจ้าพนักงานคดีอื่นๆ ถอนตัวจากคดีพิจารณาโดยหัวหน้าศาล⁵⁴ โดยจะต้องสั่งการภายใน 3 วันนับแต่ได้รับคำร้อง หากผู้ยื่นคำร้องไม่พอใจต่อคำสั่งสามารถอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ทันที แต่ระหว่างรอคำสั่งเจ้าพนักงานคดีผู้ถูกร้องเรียนไม่จำเป็นต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตามศาลต้องมีคำสั่งภายใน 3 วันนับแต่วันที่ยื่นคำร้องเช่นกัน⁵⁵

5.3 ความเป็นอิสระของศาลประชาชน

รัฐธรรมนูญจีนกำหนดว่า “ศาลประชาชนพิจารณาคดีตามกฎหมายอย่างเป็นอิสระ ไม่ถูกแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร กลุ่มสังคม และบุคคลใด” อย่างไรก็ตาม คำว่า “กลุ่มสังคม” ในที่นี้น่าจะไม่หมายความว่ารวมถึงพรรคคอมมิวนิสต์จีน หากพิจารณาตามอารัมภบทแห่งรัฐธรรมนูญจีน⁵⁶

ศาลประชาชนจีนมีลักษณะการบังคับบัญชาภายในเสมือนหน่วยราชการปกติ ในทางปฏิบัติ ก่อนที่คำพิพากษาของศาลประชาชนจะมีผลอย่างเป็นทางการจะต้องผ่านการเห็นชอบจากประธานศาลประชาชนแห่งนั้นหรือหัวหน้าแผนกที่รับผิดชอบ ซึ่งมีไช่ของค์คณะที่พิจารณาคดี อย่างไรก็ตามปัจจุบันได้พยายามปฏิรูป โดยในคดีสำคัญมีการส่งเสริมให้ประธานศาลหรือหัวหน้าแผนกเข้าร่วมเป็นองค์คณะแต่แรกเพื่อไม่ให้เกิดคำครหาว่าไม่มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีตั้งแต่นั้น⁵⁷

⁵³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 45.

⁵⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 46.

⁵⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 47.

⁵⁶ อาร์ม ตั้งนิรันดร์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า133.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 133-134.

6. ผู้ร่วมกระบวนการพิจารณา (诉讼参加人)

6.1 คู่ความ

บุคคลธรรมดา นิติบุคคลและองค์กรอื่นๆ อาจเป็นคู่ความในคดีแพ่งได้⁵⁸ ซึ่งคู่ความตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้มีสิทธิตั้งผู้แทนเพื่อยื่นคำร้องคัดค้านเจ้าพนักงานคดี รวบรวมและเสนอพยานหลักฐานการเสนอข้อโต้แย้ง ประนีประนอมยอมความ อุทธรณ์และบังคับคดี คู่ความในคดีมีสิทธิเข้าถึงและทำสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคดี ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ศาลประชาชนสูงสุดกำหนด⁵⁹

โจทก์มีสิทธิถอนฟ้องและแก้ไขคำฟ้อง ในขณะที่เดียวกันจำเลยก็มีสิทธิยอมรับ ปฏิเสธ และฟ้องแย้งได้⁶⁰ ในกรณีที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือสองฝ่ายประกอบด้วยบุคคลสองคนหรือมากกว่าสองคนในเรื่องที่จะฟ้องเป็นประเภทเดียวกันและศาลประชาชนอาจรวมการพิจารณาเข้าด้วยกันให้เป็นคู่ความร่วมโดยความยินยอมของคู่ความทุกฝ่ายก็ได้⁶¹ กรณีที่คู่ความฝ่ายใดมีคู่ความร่วมตั้งแต่สองคนขึ้นไปจะมีสิทธิและหน้าที่ในคดีร่วมกันและการกระทำของคู่ความร่วมคนใดที่ได้รับการรับรองจากคู่ความร่วมคนอื่นๆ ให้ถือว่าเป็นการกระทำต่อคู่ความร่วมอื่นๆ ด้วย⁶²

ในกรณีที่คู่ความร่วมมีจำนวนมากอาจคัดเลือกผู้แทนจากกลุ่มคู่ความร่วมนั้นเพื่อดำเนินการพิจารณาสำหรับพวกเขาและการกระทำของผู้แทนจะมีผลผูกพันคู่ความร่วมทั้งหมดที่ได้ร่วมแต่งตั้งผู้แทน อย่างไรก็ตาม หากผู้แทนจะแก้ไขหรือถอนฟ้อง ให้การยอมรับตามคำฟ้องของอีกฝ่าย ประนีประนอมยอมความต้องได้รับความยินยอมจากคู่ความร่วมที่ตนดำเนินการเป็นผู้แทนด้วย⁶³ ในกรณีที่อาจมีคู่ความร่วมจำนวนมากในคดีเดียวกัน แต่จำนวนของคู่ความร่วมของฝ่ายนั้นยังไม่แน่นอนเมื่อมีการยื่นฟ้องคดีแล้ว ศาลอาจประกาศให้ทราบถึงลักษณะคดีและคำฟ้องตลอดจนสิทธิกำหนดเวลาให้ผู้มีสิทธิ (权利人) มาลงทะเบียนกับศาลประชาชนภายในเวลาที่กำหนดก็ได้⁶⁴ ผู้มีสิทธิที่ได้มาลงทะเบียนต่อศาลประชาชนอาจคัดเลือกผู้แทนเพื่อทำหน้าที่ดำเนินคดีก็ได้ แต่หากไม่ได้คัดเลือกผู้แทน ศาลประชาชนอาจกำหนดผู้แทนในการปรึกษาหารือกับผู้มีสิทธิที่ได้ลงทะเบียนไว้กับศาลประชาชน

⁵⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 48.

⁵⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 49.

⁶⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 51.

⁶¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 52 วรรค 1.

⁶² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 52 วรรค 2.

⁶³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 53.

⁶⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 54 วรรค 1.

ก็ได้⁶⁵ การดำเนินการของผู้แทนยอมผูกพันผู้มีสิทธิทั้งหมด อย่างไรก็ตาม หากผู้แทนจะแก้ไขหรือถอนฟ้อง ให้การยอมรับตามคำฟ้องของอีกฝ่าย ประนีประนอมยอมความต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีสิทธิทุกคนด้วย⁶⁶ คำพิพากษาและคำสั่งของศาลยอมผูกพันผู้มีสิทธิที่ได้ลงทะเบียนทุกคน ตลอดจนบังคับใช้กับผู้มีสิทธิที่มีได้ลงทะเบียนแต่ได้เสนอคดีต่อศาล (提起诉讼) ในระหว่างกำหนดเวลาให้ลงทะเบียนด้วย⁶⁷

คู่ความฝ่ายที่สามซึ่งสิทธิแยกต่างหากจากคู่ความทั้งสองฝ่ายมีสิทธิริเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีต่อศาลเองได้⁶⁸ ในกรณีที่คู่ความฝ่ายที่สามมิได้ฟ้องเป็นคดีแยกต่างหากแต่เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดีใด คู่ความฝ่ายที่สามอาจขอเข้าร่วมเป็นคู่ความฝ่ายที่สามหรือศาลอาจแจ้งให้คู่ความฝ่ายที่สามเข้าร่วมคดี หากศาลมีคำสั่งให้คู่ความฝ่ายที่สามเข้าร่วมคดีแล้วคู่ความฝ่ายที่สามย่อมมีสิทธิและหน้าที่ดังเช่นคู่ความทุกประการ⁶⁹ ในกรณีที่คู่ความฝ่ายที่สามมิได้เข้าร่วมคดีซึ่งมิใช่ความผิดของคู่ความฝ่ายที่สาม แต่พยานหลักฐานซึ่งมีผลต่อคำพิพากษาคำสั่งหรือคำพิพากษาตามยอมทั้งหมดหรือบางส่วน เป็นเหตุให้คู่ความฝ่ายที่สามได้รับความเสียหายต่อสิทธิและผลประโยชน์ คู่ความฝ่ายที่สามอาจเสนอคดีต่อศาลที่พิพากษาหรือออกคำสั่งนั้นภายในหกเดือนนับแต่วันที่ทราบหรือควรทราบถึงความเสียหายต่อสิทธิและผลประโยชน์ของตน⁷⁰

6.2 ผู้แทนเฉพาะคดี (诉讼代理人)

ผู้ปกครอง (监护人) ของผู้ที่ไร้ความสามารถต้องเป็นผู้ดำเนินคดีแทนในฐานะเป็นผู้แทนตามกฎหมาย (法定代理人) ในกรณีที่มิใช่ผู้แทนตามกฎหมายหลายคนและผู้แทนคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่มิชอบ ศาลประชาชนอาจแต่งตั้งให้ผู้แทนคนใดคนหนึ่งเป็นผู้แทนเฉพาะคดีได้⁷¹ คู่ความหรือผู้แทนตามกฎหมายอาจร้องขอให้บุคคลหนึ่งหรือสองคนดังต่อไปนี้ เช่น 1) ทนายความหรือผู้ทำงานบริการด้านกฎหมายระดับเบื้องต้น (基层法律服务工作者) 2) ผู้ใกล้ชิดหรือเพื่อนร่วมงานของคู่ความหรือ 3) บุคคลที่ได้รับการแนะนำจากชุมชนหรือกลุ่มทางสังคมเป็นผู้แทนเฉพาะคดีก็ได้⁷²

⁶⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 54 วรรค 2.

⁶⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 54 วรรค 3.

⁶⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 54 วรรค 4.

⁶⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 56 วรรค 1.

⁶⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 56 วรรค 2.

⁷⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 56 วรรค 3.

⁷¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 57.

⁷² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 58.

ในการเข้าดำเนินคดีนั้น ผู้แทนเฉพาะคดีต้องยื่นหนังสือมอบอำนาจที่ลงลายมือชื่อหรือประทับตราของคู่ความหรือผู้แทนตามกฎหมายต่อศาลประชาชน หนังสือมอบอำนาจต้องระบุขอบเขตให้ชัดเจน⁷³ อย่างไรก็ตามการยอมรับ การถอนหรือแก้ไขฟ้อง ประนีประนอมยอมความ ฟ้องแย้งหรืออุทธรณ์ต้องได้รับอนุญาตจากคู่ความหรือผู้แทนตามกฎหมายเป็นการเฉพาะ⁷⁴ ในกรณีที่หนังสือมอบอำนาจทำจากต่างประเทศต้องได้รับการรับรองลายมือชื่อจากสถานทูตหรือสถานกงสุลจีนที่ตั้งอยู่ประเทศนั้น หากประเทศนั้นไม่มีสถานทูตหรือสถานกงสุลจีนต้องได้รับการรับรองลายมือชื่อจากสถานทูตหรือสถานกงสุลของประเทศที่สามซึ่งมีความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศจีนในประเทศนั้น และนำไปให้สถานทูตจีนหรือสถานกงสุลหรือสมาคมคนจีนโพ้นทะเลผู้รักชาติท้องถิ่น (当地的爱国华侨团体) ที่ตั้งอยู่ในประเทศที่สามนั้นรับรองอีกครั้ง⁷⁵ หากมีการเปลี่ยนแปลงหรือถอนผู้แทนเฉพาะคดีต้องแจ้งให้ศาลประชาชนและคู่ความฝ่ายตรงข้ามทราบ⁷⁶ หมายความและผู้แทนเฉพาะคดีอื่นๆ ผู้ทำหน้าที่เป็นผู้แทนเฉพาะคดีจะมีสิทธิที่จะตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานและตรวจสอบหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดี ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้โดยศาลประชาชนสูงสุด⁷⁷ อย่างไรก็ตามในคดีฟ้องหย่า แม้ว่าคู่ความจะได้แต่งตั้งผู้แทนเฉพาะคดีแล้วคู่ความยังต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าศาลด้วยตนเองเว้นแต่คู่ความไม่สามารถแสดงความคิดเห็นของตนเอง (不能表达意思) หรือมีพฤติการณ์พิเศษอันทำให้ไม่สามารถมาปรากฏตัว แต่ต้องยื่นความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาลประชาชน⁷⁸

7. พยานหลักฐาน

พยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาความแพ่งจีนมี 8 ประเภท ได้แก่ คำแถลงของคู่ความ (当事人的陈述) พยานเอกสาร พยานวัตถุ บันทึกภาพและเสียงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์⁷⁹ คำเบิกความ พยานผู้เชี่ยวชาญ รายงานการตรวจสอบ (勘验笔录) โดยพยานหลักฐานต้องผ่านการ

⁷³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 59 วรรค 1.

⁷⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 59 วรรค 2.

⁷⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 59 วรรค 3.

⁷⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 60.

⁷⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 61.

⁷⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 62.

⁷⁹ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้รับการบรรจุเข้ามาในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในปี ค.ศ.2017.

ตรวจสอบจากศาลประชาชนก่อนจะนำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี⁸⁰ คู่ความมีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตน⁸¹

ศาลประชาชนต้องตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานที่คู่ความหรือผู้แทนเฉพาะคดีไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาได้เนื่องจากเหตุผลทางภาวะวิสัยและเป็นพยานหลักฐานที่จำเป็นสำหรับการพิจารณาคดี⁸² โดยศาลประชาชนจะมีอำนาจในการตรวจสอบหรือรวบรวมพยานหลักฐานจากองค์กรหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁸³ และจะต้องพิจารณาความถูกต้อง ตรวจสอบและกำหนดความสมบูรณ์ของพยานหลักฐานเหล่านั้นด้วย⁸⁴

ศาลประชาชนต้องกำหนดพยานหลักฐานที่จะนำเข้าสืบโดยคู่ความและกำหนดระยะเวลาที่จะเสนอพยานหลักฐาน หากคู่ความไม่สามารถนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ได้ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด คู่ความฝ่ายนั้นต้องขออนุญาตขยายระยะเวลานำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลและศาลอาจอนุญาตให้ขยายระยะเวลานำเสนอคดีต่อศาลได้ หากคู่ความเสนอพยานหลักฐานเกินกว่าระยะเวลาที่ศาลอนุญาต ศาลประชาชนต้องสั่งให้คู่ความนั้นให้เหตุผลที่นำเสนอพยานหลักฐานล่าช้าและคู่ความไม่อธิบายสาเหตุที่เสนอพยานหลักฐานล่าช้าหรืออธิบายเหตุผลที่ไม่อาจรับฟังได้ ศาลประชาชนอาจไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นหรือรับฟังพยานหลักฐานนั้นแต่หักเหือนหรือปรับคู่ความฝ่ายนั้นก็ได้⁸⁵ เมื่อคู่ความได้นำเสนอหลักฐานต่อศาล ให้ศาลออกไปยืนยันโดยระบุชื่อของหลักฐาน จำนวนหน้า จำนวนชุดที่คัดลอก จำนวนต้นฉบับและเวลาที่ได้รับเอกสารนั้นๆ แก่คู่ความที่นำเสนอหลักฐานนั้น⁸⁶

พยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอต่อศาลจะต้องมีการนำสืบและให้คู่ความอีกฝ่ายมีโอกาสถามค้าน อย่างไรก็ตาม พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับความลับของประเทศ ความลับทางการค้าหรือเรื่องส่วนบุคคลโดยแท้จะถูกเก็บไว้เป็นความลับ⁸⁷

⁸⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 63.

⁸¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 64 วรรค 1.

⁸² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 64 วรรค 2.

⁸³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 67 วรรค 1.

⁸⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 67 วรรค 2.

⁸⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 65 วรรค 2.

⁸⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 66.

⁸⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 67 วรรค 3.

8. การไถ่เกลี่ยข้อพิพาท

ในคดีแพ่งศาลประชาชนต้องไถ่เกลี่ยโดยแยกแยะความถูกผิดบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ชัดแจ้งโดยความยินยอมของคู่ความ⁸⁸ ศาลประชาชนเป็นประธานในการไถ่เกลี่ยโดยจะมีผู้พิพากษานายเดี่ยวหรือเป็นองค์คณะพิจารณาก็ได้ แต่ต้องพยายามดำเนินการโดยไม่เปลี่ยนสถานที่ (就地进行)⁸⁹ ขณะทำการไถ่เกลี่ยศาลประชาชนอาจเชิญองค์กรหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องเข้ามาช่วย และองค์กรหรือบุคคลที่ได้รับเชิญนั้นต้องช่วยเหลือศาลประชาชน⁹⁰ สัญญาประนีประนอมยอมความอันเป็นผลจากการไถ่เกลี่ยต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่ความโดยปราศจากการบังคับและเนื้อความในสัญญานั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย⁹¹ เมื่อได้บรรลุข้อตกลงในสัญญาประนีประนอมยอมความแล้ว ศาลประชาชนต้องทำหนังสือประนีประนอม (调解书) โดยมีรายละเอียดคำฟ้อง ข้อเท็จจริงแห่งคดีและผลการไถ่เกลี่ยอย่างชัดแจ้ง⁹² หนังสือประนีประนอมต้องลงลายมือชื่อโดยผู้พิพากษาและเสมียน พร้อมประทับตราของศาลประชาชนและส่งมอบให้คู่ความทั้งสองฝ่าย⁹³ เมื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายได้ลงลายมือชื่อในใบตอบแล้วให้ถือว่ามีผลผูกพันตามกฎหมาย⁹⁴ อย่างไรก็ตาม ศาลประชาชนไม่จำเป็นต้องทำหนังสือประนีประนอมในคดีหย่า คดีรับเป็นบุตรบุญธรรม คดีที่สามารถดำเนินการได้โดยเร็วและคดีอื่นๆ ที่ไม่ต้องการหนังสือประนีประนอม แต่ต้องมีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและจะมีผลผูกพันตามกฎหมายต่อเมื่อคู่ความทั้งสองฝ่าย ผู้พิพากษาและเสมียนได้ลงนาม⁹⁵ หากไม่สามารถประนีประนอมยอมความกันได้หรือคู่ความขอถอนตัวก่อนจะได้รับหนังสือประนีประนอมยอมความศาลประชาชนต้องดำเนินการพิพากษาคดีไปโดยไม่ชักช้า⁹⁶

⁸⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 93.

⁸⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 94.

⁹⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 95.

⁹¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 96.

⁹² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 97 วรรค 1.

⁹³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 97 วรรค 2.

⁹⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 97 วรรค 3.

⁹⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 98.

⁹⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 99.

9. มาตรการบังคับต่ออุปสรรคในกระบวนการพิจารณาความแพ่ง

ในกรณีที่จำเลยจำเป็นต้องมาปรากฏตัวต่อศาลและได้มีการส่งหมายเรียกให้จำเลยมาแล้วสองครั้งแต่จำเลยยังไม่ยอมมาปรากฏตัวต่อหน้าศาลโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ศาลประชาชนอาจออกหมายคำสั่งให้จำเลยมาปรากฏตัวต่อศาลก็ได้⁹⁷

ผู้ที่เข้าร่วมในการดำเนินคดีต้องปฏิบัติตามกฎของศาลประชาชน หากไม่ปฏิบัติตามศาลประชาชนมีสิทธิพักเตือนหรือสั่งให้ออกจากห้องพิจารณาหรือปรับหรือกักขังก็ได้⁹⁸ และผู้ที่กระทำการเอะอะเสียงดังหรือก่อเหตุวุ่นวายอย่างรุนแรงในบริเวณศาลประชาชนต้องได้รับการสอบสวนสำหรับความรับผิดชอบทางอาญาโดยศาลประชาชนตามกฎหมาย และหากผู้กระทำผิดเป็นผู้เยาว์อาจถูกกักขังหรือปรับ⁹⁹

ศาลประชาชนอาจสั่งปรับหรือกักขังบุคคลผู้ทำลายหลักฐานที่สำคัญ ใช้ความรุนแรงเพื่อขัดขวางไม่ให้พยานมาเบิกความยังศาล ทำลายทรัพย์สินที่ถูกยึดไว้ ทำร้ายเจ้าพนักงานคดี ใช้กำลังบังคับไม่ให้เจ้าพนักงานคดีเข้าปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลประชาชนที่มีผลบังคับทางกฎหมายและหากการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญามูลค่านั้นต้องถูกสอบสวนเพื่อความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายด้วย¹⁰⁰ ทั้งนี้ค่าปรับต้องไม่เกิน 100,000 หยวน¹⁰¹ การกักขังต้องไม่เกิน 15 วัน¹⁰² โดยเจ้าพนักงานตำรวจจะเป็นผู้บังคับใช้มาตรการ¹⁰³

10. กระบวนการพิจารณาคดี

ศาลประชาชนต้องพิจารณาคดีในศาล เว้นแต่ในกรณีจำเป็นศาลอาจเดินเผชิญสืบ ณ สถานที่จริงนอกศาล (就地办案) ก็ได้¹⁰⁴ ก่อนเริ่มดำเนินการพิจารณาคดีศาลประชาชนต้องแจ้งให้คู่ความและบุคคลอื่นที่เข้าร่วมคดี (其它诉讼参与人) ทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 3 วัน และหากเป็นคดีที่ต้อง

⁹⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 109.

⁹⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 110 วรรค 2.

⁹⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 110 วรรค 3.

¹⁰⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 111.

¹⁰¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 115 วรรค 1.

¹⁰² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 115 วรรค 2.

¹⁰³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 115 วรรค 3.

¹⁰⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 135.

พิจารณาโดยเปิดเผย ศาลประชาชนต้องประกาศชื่อคู่ความ มูลเหตุแห่งคดี (案由) ตลอดจนเวลา และสถานที่พิจารณาคดีโดยเปิดเผยด้วย¹⁰⁵

ก่อนเริ่มพิจารณาคดี เสมียนต้องตรวจสอบให้แน่ใจก่อนว่าคู่ความและบุคคลอื่นที่เข้าร่วมคดี จะเข้าร่วมคดีได้หรือไม่ และเมื่อเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีผู้พิพากษาหัวหน้าองค์คณะจะต้อง ตรวจสอบให้แน่ใจว่าบุคคลที่มาอยู่ต่อศาลเป็นคู่ความที่แท้จริง มูลเหตุแห่งคดี ชื่อของเจ้าพนักงาน คดีและเสมียนและแจ้งสิทธิหน้าที่แก่คู่ความ ตลอดจนสอบถามคู่ความว่าจะร้องขอให้ถอดถอนเจ้า พนักงานคดีออกจากกระบวนการพิจารณาหรือไม่¹⁰⁶

ขั้นตอนการสืบพยานในศาล ต้องดำเนินการตามลำดับ ดังต่อไปนี้ 1) การแถลงการณ์โดยคู่ความ 2) แจ้งสิทธิและหน้าที่แก่พยาน หลังจากนั้นพยานขึ้นเบิกความหรืออ่านคำเบิกความพยานในกรณีที่พยาน มิได้มาศาล 3) นำเสนอพยานเอกสาร พยานวัตถุ บันทึกภาพและเสียงและข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ 4) อ่าน ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญและ 5) อ่านรายงานการตรวจสอบ¹⁰⁷

ขั้นตอนการอภิปรายในศาลต้องดำเนินการตามลำดับ ดังนี้ 1) แถลงการณ์ด้วยวาจาของโจทก์ หรือผู้แทนเฉพาะคดี 2) คำแถลงการณ์ตอบโต้ของจำเลยหรือผู้แทนเฉพาะคดี 3) แถลงการณ์ด้วยวาจาหรือ คำแถลงการณ์ตอบโต้ของคู่ความฝ่ายที่สามหรือผู้แทนเฉพาะคดีและ 4) อภิปรายร่วมกันระหว่างคู่ความ ทั้งสองฝ่ายหลังจากนั้นศาลได้สอบถามความเห็นสุดท้ายของโจทก์ จำเลยและคู่ความฝ่ายที่สาม ตามลำดับ¹⁰⁸

กรณีที่โจทก์ขาดนัดพิจารณา เมื่อโจทก์ได้รับหมายเรียกโดยชอบและปฏิเสธที่จะมาศาลโดย ปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือโจทก์ขอถอนตัวระหว่างการพิจารณาแต่ยังไม่ได้รับอนุญาต หาก จำเลยได้ฟ้องแย้งในคดีนี้ศาลอาจพิพากษาคดีฝ่ายเดียวก็ได้¹⁰⁹

กรณีจำเลยขาดนัดพิจารณา ในกรณีที่จำเลยได้รับหมายเรียกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่ยอม มาศาลโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือถอนตัวระหว่างการพิจารณาคดีโดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลอาจ พิพากษาคดีฝ่ายเดียวก็ได้¹¹⁰

กรณีที่โจทก์ขอถอนฟ้องคดีก่อนที่ศาลจะพิพากษา ศาลมีดุลพินิจที่จะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ หากศาลไม่อนุญาตและโจทก์ได้รับหมายเรียกแล้วไม่มาศาลโดยไม่มีเหตุอันสมควรศาลอาจพิพากษา คดีไปฝ่ายเดียวก็ได้¹¹¹

¹⁰⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 136.

¹⁰⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 137.

¹⁰⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 138.

¹⁰⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 141.

¹⁰⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 143.

¹¹⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 144.

การเลื่อนคดีจะทำได้ในกรณีดังต่อไปนี้ 1) บุคคลที่ต้องมาศาลไม่มาศาลโดยมีเหตุผลอันสมควร 2) คู่ความยื่นคำร้องขอให้เจ้าพนักงานคดีถอนตัว 3) จำเป็นต้องส่งหมายเรียกให้พยานใหม่ให้มาศาลรวบรวมพยานหลักฐานขึ้นใหม่ ประเมินผู้เชี่ยวชาญใหม่ ตรวจสอบใหม่หรือตรวจสอบเพิ่มเติม¹¹²

ศาลต้องอ่านคำพิพากษาโดยเปิดเผยทุกคดีไม่ว่าจะเป็นคดีที่พิจารณาโดยเปิดเผยหรือไม่¹¹³ หากศาลอ่านคำพิพากษาในศาล จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและส่งไปให้คู่ความภายใน 10 วัน นับแต่อ่านคำพิพากษา หากไม่ได้อ่านคำพิพากษาในวันที่กำหนดต้องทำคำพิพากษาเป็นลายลักษณ์อักษร และส่งไปยังคู่ความโดยทันที¹¹⁴

เหตุที่ทำให้ต้องหยุดการพิจารณามีดังต่อไปนี้ 1) คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายและจำเลยต้องรอให้ทายาทแสดงเจตนาให้ชัดเจนว่าจะเข้าดำเนินคดีต่อหรือไม่ 2) คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียความสามารถในการดำเนินคดีและยังไม่ได้ตั้งผู้แทนเฉพาะคดี 3) นิติบุคคลหยุดดำเนินกิจการและยังไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้รับช่วง 4) มีเหตุสุดวิสัยทำให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเข้าร่วมดำเนินคดี 5) การพิจารณาคดีต้องรอฟังผลการพิจารณาของคดีอื่นซึ่งยังไม่ได้สรุป และ 6) พุทธการณอื่นๆ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้หยุดการพิจารณา¹¹⁵

เหตุที่ทำให้การดำเนินคดีสิ้นสุดมีดังต่อไปนี้ 1) โจทก์ตายโดยไม่มีทายาทหรือทายาทสละสิทธิที่จะเข้าร่วมดำเนินคดี 2) จำเลยตายโดยไม่มีทรัพย์สิน 3) ในคดีฟ้องหย่าคู่ความฝ่ายหนึ่งตาย 4) ในคดีเรียกค่าเลี้ยงดูคู่ความฝ่ายหนึ่งตาย¹¹⁶

คำพิพากษาของศาลต้องมีรายละเอียดและมีการลงลายมือชื่อของบุคคลตามที่กฎหมายกำหนด¹¹⁷ ส่วนคำสั่งของศาลที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ คำสั่งไม่รับคดี คำสั่งปฏิเสธเขตอำนาจศาล คำสั่งไม่รับคำฟ้อง คำสั่งการอายัดทรัพย์สินหรือบังคับคดีล่วงหน้า คำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ถอนตัวจากคดี คำสั่งระงับคดีหรือสิ้นสุดคดี คำสั่งแก้ไขความผิดพลาดในคำพิพากษา คำสั่งระงับหรือสิ้นสุดการบังคับคดี คำสั่งปฏิเสธหรือไม่รับบังคับคดีตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น¹¹⁸ คำพิพากษาและคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรของศาลประชาชนสูงสุดหรือคำพิพากษา

¹¹¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 145.

¹¹² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 146.

¹¹³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 148 วรรค 1.

¹¹⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 148 วรรค 2.

¹¹⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 150.

¹¹⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 151.

¹¹⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 152.

¹¹⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 154.

และคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ไม่ได้อุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นที่สุดไม่สามารถอุทธรณ์ได้¹¹⁹

11. วิธีพิจารณาคดีแบบง่ายหรือแบบย่อ

วิธีพิจารณาคดีแบบง่ายของจีนอาจเทียบได้กับคดีมโนสำเนา ซึ่งตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน หมายถึง คดีที่มีข้อเท็จจริงชัดเจน สิทธิหน้าที่ของคู่ความมีความชัดเจนและเป็นข้อพิพาทเล็กน้อย¹²⁰ อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังเปิดโอกาสให้คู่ความในคดีแพ่งสามัญสามารถตกลงให้ใช้วิธีพิจารณาคดีแบบคดีมโนสำเนาต่อคดีแพ่งสามัญก็ได้¹²¹ ในทางกลับกันระหว่างการพิจารณาหากศาลเห็นว่าคดีใดที่ไม่เหมาะสมที่จะใช้กระบวนการพิจารณาคดีแบบมโนสำเนา ศาลอาจสั่งให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาคดีแพ่งแบบสามัญมาปรับใช้ก็ได้¹²²

ในคดีมโนสำเนานั้น โจทก์อาจฟ้องคดีด้วยวาจาต่อศาลหรือคู่ความทั้งสองฝ่ายอาจร่วมกันเสนอคดีต่อศาลประชาชนชั้นพื้นฐานก็ได้ และเมื่อศาลได้รับคำฟ้องแล้วต้องกำหนดวันพิจารณาคดีโดยเร็ว¹²³ ทั้งนี้ระยะเวลาการพิจารณาคดีต้องไม่เกิน 3 เดือนนับแต่วันที่ได้เริ่มคดีตามมาตรา 161 อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่ากฎหมายอนุญาตให้ศาลสามารถขยายระยะเวลาการพิจารณาคดีมโนสำเนาออกไปได้ดังเช่นคดีแพ่งสามัญ

วิธีพิจารณาคดีมโนสำเนานั้น ศาลสามารถใช้วิธีการง่ายๆ สำหรับการส่งหมายเรียกคู่ความและพยานและการส่งเอกสารในคดีและสิทธิการแสดงความคิดเห็นของคู่ความในศาลต้องได้รับการรับรองด้วย¹²⁴ ผู้พิพากษานายเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีมโนสำเนาและกระบวนการพิจารณาคดีมโนสำเนาไม่อยู่ในบังคับบทบัญญัติมาตรา 136 (ต้องแจ้งให้คู่ความทราบล่วงหน้าก่อนเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่น้อยกว่า 3 วันและต้องมีการประกาศโดยทั่วไปหากเป็นคดีที่ต้องพิจารณาโดยเปิดเผย) มาตรา 138 (ลำดับขั้นตอนการสืบพยาน) และมาตรา 141 (การอภิปรายในศาล) ดังได้กล่าวมาข้างต้น

¹¹⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 155.

¹²⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 157 วรรค 1.

¹²¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 157 วรรค 2.

¹²² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 163.

¹²³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 158.

¹²⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 159.

คำพิพากษาของศาลประชาชนชั้นพื้นฐานในคดีมีทุนทรัพย์ไม่เกินร้อยละ 30 ของจำนวนเงินเดือนเฉลี่ยของพนักงานของมณฑล เขตปกครองตนเองหรือเขตเทศบาลนครของปีที่ผ่านมา ถือเป็นที่สุดจะอุทธรณ์ต่อไปไม่ได้¹²⁵

12. การพิจารณาคดีชั้นที่สอง (第二审程序)

การพิจารณาคดีชั้นที่สองนี้อาจเทียบเคียงได้กับการพิจารณาคดีในชั้นอุทธรณ์ ดังที่ได้ศึกษา มาในบทก่อนหน้าว่าด้วยลำดับชั้นศาลของจีน จะเห็นได้ว่าคดีแพ่งของจีนบางคดีอาจเริ่มต้นที่ศาล ประชาชนระดับกลางหรือระดับสูงเลยก็ได้ ดังนั้น การที่ศาลใดจะเป็นศาลที่พิจารณาคดีชั้นที่สองนี้ ก็ขึ้นอยู่กับศาลที่พิจารณาคดีในชั้นที่หนึ่งเป็นศาลใดนั่นเอง

การอุทธรณ์คำพิพากษาคดีชั้นแรก หมายถึง กรณีที่คู่ความฝ่ายที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษา ของศาลประชาชนสามารถจะอุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลที่อยู่ในลำดับสูงกว่าภายใน 15 วันนับแต่ วันที่ได้รับทราบคำพิพากษาของศาล¹²⁶ แต่หากเป็นการอุทธรณ์คำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรต้องอุทธรณ์ ภายใน 10 วันนับแต่ทราบคำสั่งนั้น¹²⁷

การอุทธรณ์คำพิพากษามustยื่นต่อศาลที่ได้ออกคำพิพากษาคดีนั้นโดยต้องแนบสำเนาคำฟ้อง อุทธรณ์เท่ากับจำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้อง¹²⁸ หากคู่ความได้ยื่นอุทธรณ์โดยตรงต่อศาลสูง ศาลสูงจะต้องส่ง สำนวนกลับมายังศาลที่ได้พิจารณาคดีชั้นแรกภายใน 5 วัน¹²⁹

เมื่อศาลที่พิจารณาคดีในชั้นแรกได้รับคำฟ้องอุทธรณ์แล้วต้องส่งสำเนาให้คู่ความฝ่ายอื่นๆ ภายใน 5 วันนับแต่วันที่ได้รับคำฟ้องอุทธรณ์นั้น และคู่ความฝ่ายอื่นๆ จะต้องยื่นคำแก้อุทธรณ์ภายใน 15 วันนับ แต่ได้รับสำเนาอุทธรณ์ และเมื่อศาลได้รับคำแก้อุทธรณ์แล้วจะต้องส่งสำเนาคำแก้อุทธรณ์ไปยัง ผู้อุทธรณ์ภายใน 5 วันนับแต่วันที่ศาลได้รับคำแก้อุทธรณ์ หลังจากนั้นศาลชั้นแรกจะได้ส่งคำฟ้องอุทธรณ์ คำแก้อุทธรณ์ สำนวนคดีและพยานหลักฐานไปยังศาลสูงที่จะพิจารณาคดีในชั้นที่สอง¹³⁰

¹²⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 162.

¹²⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 164 บรรค 1.

¹²⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 164 บรรค 2.

¹²⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 166 บรรค 1.

¹²⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 166 บรรค 2.

¹³⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 167.

ศาลสูงที่จะพิจารณาคดีในชั้นที่สองจะต้องพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย¹³¹ โดยต้องจัดตั้งองค์คณะและต้องเปิดทำการพิจารณาคดีอีกครั้ง ตามหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาคดีแบบแพ่งสามัญ¹³² อย่างไรก็ตาม ภายหลังที่ศาลได้พิจารณาสำนวนคดีและได้สอบถามและสอบสวนคู่ความแล้ว สำหรับคดีที่ไม่มีข้อเท็จจริง พยานหลักฐานหรือเหตุผลใหม่และศาลเห็นว่าคดีนั้นไม่จำเป็นต้องดำเนินการพิจารณาคดี ศาลอาจจะไม่เปิดทำการพิจารณาคดีก็ได้¹³³

เมื่อศาลได้พิจารณาคดีจนเสร็จสิ้นทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีชั้นที่สองอาจมีคำพิพากษาได้ ดังนี้ 1) ในกรณีที่คำพิพากษาดังเดิมถูกต้องทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว ศาลชั้นที่สองจะยกฟ้องอุทธรณ์และรับรองตามคำพิพากษาของศาลชั้นแรก 2) ในกรณีที่คำพิพากษาดังเดิมไม่ถูกต้องในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างชัดเจน ศาลชั้นที่สองจะพิพากษาแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำพิพากษาของชั้นแรก 3) ในกรณีที่ข้อเท็จจริงในคำพิพากษาดังเดิมยังไม่ชัดเจน ศาลชั้นที่สองอาจส่งสำนวนกลับมาให้ศาลชั้นแรกพิจารณาและพิพากษาใหม่หรือศาลชั้นที่สองอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหลังจากที่ได้ทำการสืบพยานข้อเท็จจริงนั้นแล้วก็ได้ และ 4) ในกรณีที่คำพิพากษาดังเดิมผิดระเบียบว่าด้วยการพิจารณาคดีอย่างร้ายแรง ศาลชั้นที่สองจะพิพากษายกเลิกคำพิพากษาดังเดิมและส่งสำนวนกลับมาให้ศาลชั้นที่หนึ่งพิจารณาคดีใหม่และหากศาลชั้นที่หนึ่งได้พิจารณาคดีใหม่แล้ว ศาลชั้นที่สองจะส่งสำนวนกลับมาให้ศาลชั้นที่หนึ่งพิจารณาอีกครั้งไม่ได้¹³⁴

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นที่สองมีผลเป็นที่สุดไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปได้¹³⁵ ส่วนกรอบระยะเวลาการพิจารณาคดีในชั้นที่สองนี้ หากเป็นการพิจารณาคำพิพากษาของศาลชั้นแรกต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ได้เริ่มคดี หากเป็นการพิจารณาคำสั่งของศาลชั้นแรกต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้เริ่มคดี¹³⁶

13. กระบวนการตรวจสอบการดำเนินคดี (审判监督程序)

แม้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนจะไม่เปิดโอกาสให้คู่ความฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นที่สองต่อไปได้แต่ก็ได้เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษา คู่ความหรือพนักงานอัยการที่พบ

¹³¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 168.

¹³² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 174 .

¹³³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 169.

¹³⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 170.

¹³⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 175.

¹³⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 176.

ความผิดพลาดของคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรสามารถเริ่มการตรวจสอบคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

หากผู้พิพากษาหัวหน้าศาลในทุกระดับชั้นค้นพบว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรของศาลของตนหรือเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาคดีใหม่ หัวหน้าศาลอาจส่งคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าวไปยังคณะกรรมการตุลาการ (审判委员会) เพื่อการพิจารณาและตัดสิน¹³⁷ หรือกรณีที่ศาลประชาชนสูงสุดหรือศาลที่อยู่ในลำดับสูงกว่าค้นพบความผิดพลาดของคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรของศาลล่าง ศาลประชาชนสูงสุดหรือศาลสูงกว่าอาจดำเนินการตรวจสอบเองหรือส่งสำนวนไปยังศาลล่างเพื่อพิจารณาคดีใหม่ก็ได้¹³⁸

ในกรณีที่คู่ความที่เกี่ยวข้องเชื่อว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีความผิดพลาด คู่ความอาจร้องขอต่อศาลที่สูงกว่าให้มีการพิจารณาคดีใหม่ หากกรณีที่คู่ความฝ่ายใดมีบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก หรือคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นพลเมือง (当事人双方为公民) อาจร้องขอต่อศาลที่พิพากษาหรือออกคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อขอให้พิจารณาคดีใหม่ก็ได้¹³⁹

เหตุที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่มีดังต่อไปนี้ 1) มีพยานหลักฐานใหม่ที่จะทำให้ศาลต้องเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร 2) คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรขาดพยานหลักฐานที่จะยืนยันข้อเท็จจริงพื้นฐาน 3) พยานหลักฐานหลักในคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นพยานหลักฐานเท็จ 4) พยานหลักฐานหลักในคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรยังไม่รับการถามค้าน 5) คู่ความที่เกี่ยวข้องไม่สามารถหาพยานหลักฐานหลักมาได้ด้วยตนเอง ด้วยเหตุผลทางภาวะวิสัยและได้ร้องขอให้ศาลประชาชนช่วยแล้ว แต่ศาลประชาชนไม่ได้รวบรวมหลักฐานนั้นมาให้ 6) เกิดความผิดพลาดในการใช้กฎหมายสำหรับการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร 7) การจัดตั้งองค์คณะผู้พิพากษาไม่ชอบหรือผู้พิพากษาควรต้องถอนตัวจากคดีแต่ไม่ได้ถอนตัว 8) ผู้ที่ไม่มีความสามารถตามกฎหมายไม่มีผู้แทนเฉพาะคดี 9) สิทธิในการอภิปรายของคู่ความไม่ได้รับการรับรอง 10) การพิพากษาคดีโดยขาดนัดแต่ยังไม่ได้ส่งหมายเรียกให้คู่ความฝ่ายที่ขาดนัดโดยชอบ 11) การพิพากษาไม่ครบทุกข้อหาหรือเกินคำขอ 12) เอกสารทางกฎหมายอันเป็นพื้นฐานของการจัดทำคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรถูกทำลายหรือเปลี่ยนแปลง 13) เจ้าพนักงานคดีทำการฉ้อฉลรับสินบน มีส่วนร่วมในการทุจริตสำหรับผลประโยชน์ส่วนตนหรือบิดเบือนกฎหมายขณะพิจารณา

¹³⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 198 วรรค 1.

¹³⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 198 วรรค 2.

¹³⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีน ค.ศ.1991, มาตรา 199.

คดี¹⁴⁰ หรือในกรณีที่คู่ความทำสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่มีหลักฐานโดยชัดแจ้งแสดงให้เห็นว่าการประนีประนอมยอมความนั้นมิได้เป็นไปโดยสมัครใจ¹⁴¹

ในส่วนของวิธีการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่นั้น คู่ความจะต้องยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่เป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมเอกสารที่เกี่ยวข้องต่อศาล เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวแล้วจะต้องส่งสำเนาคำร้องดังกล่าวให้คู่ความฝ่ายอื่นทราบภายใน 5 วันนับแต่วันที่รับคำร้อง คู่ความที่ได้รับสำเนาคำร้องต้องยื่นคำความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาลภายใน 15 วันนับแต่ได้รับสำเนาคำร้อง¹⁴² หลังจากนั้นศาลประชาชนจะต้องพิจารณาคำร้องขอพิจารณาคดีใหม่นั้นให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่รับคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่และอนุญาตให้พิจารณาคดีใหม่หากคำร้องขอขึ้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเงินหรือยกคำร้อง หากมีเหตุการณ์พิเศษและศาลประชาชนต้องการขยายระยะเวลาดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตจากหัวหน้าศาลก่อน¹⁴³ คู่ความจะต้องยื่นคำร้องขอพิจารณาคดีใหม่ไม่เกินระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีผลตามกฎหมายหรือภายใน 6 เดือนนับแต่ได้ทราบข้อเท็จจริงตามเหตุแห่งการร้องขอพิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 200 (1) (3) (12) และ (13)¹⁴⁴

การพิจารณาคดีใหม่นั้น โดยหลักแล้วต้องพิจารณาโดยศาลประชาชนระดับกลางหรือศาลในระดับที่สูงกว่า เว้นแต่คู่ความจะได้ยื่นคำร้องขอให้พิจารณา ณ ศาลชั้นแรกตามมาตรา 199 หากคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะขอให้พิจารณาใหม่ออกโดยศาลประชาชนสูงสุดหรือศาลประชาชนระดับสูง ศาลที่ออกคำสั่งนั้นจะเป็นผู้พิจารณาคดีหรือมอบหมายให้ศาลประชาชนอื่นหรือศาลที่ได้พิจารณาคดีชั้นแรกเป็นผู้พิจารณาคดีก็ได้¹⁴⁵ และวิธีการพิจารณาคดีใหม่นั้น หากเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นแรก ก็ต้องพิจารณาคดีด้วยวิธีพิจารณาแบบศาลชั้นแรก แต่หากเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นที่สองหรือศาลที่สูงกว่า ก็ต้องพิจารณาคดีด้วยวิธีพิจารณาแบบศาลชั้นสอง¹⁴⁶ และศาลประชาชนจะต้องตั้งองค์คณะใหม่สำหรับการพิจารณาคดีใหม่โดยเฉพาะ¹⁴⁷

¹⁴⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 200.

¹⁴¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 201.

¹⁴² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 203.

¹⁴³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 204 วรรค 1.

¹⁴⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 205.

¹⁴⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 204 วรรค 2.

¹⁴⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 207 วรรค 1.

¹⁴⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 207 วรรค 2.

เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้พิจารณาคดีใหม่ย่อมเป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับคดี เว้นแต่เป็นคดีที่เกี่ยวกับคำอุปการะเลี้ยงดูเด็กหรือคนชรา เงินบำนาญของคนพิการหรือสำหรับครอบครัวผู้ตาย ค่ารักษาพยาบาลหรือค่าตอบแทนแรงงาน¹⁴⁸

นอกจากนั้นอัยการสูงสุดหรืออัยการศาลสูงยังอาจเสนอคำคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ออกตามเงื่อนไขในมาตรา 200 หรือสัญญาประนีประนอมเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของรัฐหรือผลประโยชน์ของสังคมและสาธารณะได้ด้วย¹⁴⁹ แต่หากอัยการฟ้องในทุกระดับชั้นพบว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ออกตามเงื่อนไขในมาตรา 200 หรือสัญญาประนีประนอมเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของรัฐหรือผลประโยชน์ของสังคมและสาธารณะ อาจทำให้เห็นไปยังศาลประชาชนที่อยู่ในระดับเดียวกันหรือรายงานไปยังอัยการในระดับที่สูงกว่าหรือขอให้อัยการในระดับที่สูงกว่าทำคัดค้านไปยังศาลประชาชนในระดับเดียวกัน¹⁵⁰ นอกจากนั้นอัยการทุกระดับชั้นมีสิทธิเสนอความเห็นต่อศาลประชาชนในระดับเดียวกันเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานคดีในกระบวนการพิจารณานอกเหนือจากเรื่องพิจารณาและการตรวจสอบการพิจารณาคดีอีกด้วย¹⁵¹

คู่ความในคดีอาจขอให้อัยการประชาชนเสนอความเห็นต่อศาลหรือคัดค้านศาลในกรณีที่

- 1) ศาลประชาชนปฏิเสธคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ 2) ศาลประชาชนไม่ได้มีคำสั่งเกี่ยวกับการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้และ 3) คำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรของคดีที่พิจารณาใหม่ผิดพลาดอย่างชัดเจน เมื่ออัยการประชาชนได้รับคำร้องของคู่ความดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่าจะทำคำแนะนำหรือทำคำคัดค้านไปยังศาลประชาชนหรือไม่ภายใน 3 เดือนนับแต่ได้รับคำร้อง¹⁵²

ศาลประชาชนที่ได้รับคำแนะนำหรือคำคัดค้านจากอัยการประชาชนต้องตัดสินว่าจะพิจารณาคดีใหม่หรือไม่ ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่ได้รับคำแนะนำหรือคำคัดค้าน¹⁵³ หากศาลมีคำสั่งให้พิจารณาคดีใหม่ต้องแจ้งให้อัยการส่งผู้แทนมาร่วมการพิจารณาคดีด้วย¹⁵⁴

¹⁴⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 206.

¹⁴⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 208 วรรค 1.

¹⁵⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 208 วรรค 2.

¹⁵¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 208 วรรค 3.

¹⁵² กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 209.

¹⁵³ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 211.

¹⁵⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเงิน ค.ศ.1991, มาตรา 213.

14. บทสรุป

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ กฎหมายฉบับนี้มีความน่าสนใจอยู่หลายประการ เช่น 1) มีการกำหนดเขตอำนาจศาลที่พิจารณาคดีในกฎหมายฉบับนี้ ได้เขียนไว้ค่อนข้างละเอียดโดยแบ่งประเภทของคดีไว้อย่างชัดเจน 2) มีการกำหนดระยะเวลาการดำเนินคดีไว้อย่างละเอียดในแต่ละขั้นตอนและเป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างสั้นกว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย 3) มีการเปิดให้ใช้ภาษาต่างประเทศในศาล โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลเองที่จะต้องทำการแปล 4) ให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่ความและเน้นให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถไกล่เกลี่ยกันได้เสมอและยังกำหนดให้ศาลมีหน้าที่ต้องพยายามไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอีกด้วย 5) ให้ความสำคัญกับความเป็นกลางในการพิจารณาอย่างยิ่ง กล่าวคือ หลักความเป็นกลางจะบังคับใช้กับเจ้าหน้าที่ศาลทุกระดับไม่เฉพาะแต่ผู้พิพากษาที่พิจารณาเท่านั้น และ 6) ให้สิทธิคู่ความที่ไม่พอใจคำพิพากษาของศาลได้ครั้งเดียว แต่เปิดทำการพิจารณาคดีเต็มองค์คณะถึงสองครั้งและมีเงื่อนไขบางประการที่กำหนดให้ศาล คู่ความหรือพนักงานอัยการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้

หากเปรียบเทียบเนื้อหาในตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยและจีนอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนค่อนข้างจะเน้นเรื่องความเป็นกลางมากกว่า ความรวดเร็ว ความยืดหยุ่นมากกว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย

บรรณานุกรม

- ปกฉัตร เพือกสุวรรณ. “วิเคราะห์พระราชบัญญัติการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจากภัยอันตรายในการเดินเรือ พ.ศ.2547 : ศึกษาเปรียบเทียบ York-Antwerp Rules 1994 และ York-Antwerp Rules 2004.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. “กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศจีน.” **วารสารราชบัณฑิตยสภา** 41, 2 (2559): 224.
- อาร์ม ตั้งนิรันดร. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- Nan, Gong. “The Modern Reform of the Civil Procedure Law of the People’s Republic of China.” **Journal of Siberian Federal University, Humanities & Social Sciences** 11 (2017): 1694.
- Tang, Weijian. “The Evolution of the Civil Procedure System of China.” **Frontiers of Law of China** Vol. 7, No. 2 (2012): 191.

การลักลอบค้าสัตว์ป่ากับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชนกพร สุนนะเศรษฐกุล

การลักลอบค้าสัตว์ป่ากับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ Illegal Wildlife Trade and Transnational Organized Crime

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชนกพร สุนะเศรฐกุล^{*}
Assistant Professor Dr.Chanokporn Sumanasrethakul

บทคัดย่อ

ในปัจจุบัน ทรัพยากรธรรมชาติจำนวนไม่น้อยถูกทำลายโดยการกระทำของมนุษย์และสัตว์ป่า ก็เป็นหนึ่งในนั้น ซึ่งปัจจัยหนึ่งที่ทำให้สัตว์ป่าลดจำนวนลงอย่างรวดเร็วเกิดขึ้นจากการล่าและค้าสัตว์ป่า อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES) จึงเกิดขึ้น ในปี ค.ศ.1975 และมีแนวคิดในการอนุรักษ์สัตว์ป่าด้วยวิธีการควบคุมปริมาณการค้าสัตว์ป่าให้อยู่ใน จำนวนที่เหมาะสมโดยวิธีการออกใบอนุญาตที่พิจารณาจากสถานะของสัตว์ป่าที่คงเหลืออยู่ในธรรมชาติ แต่จำนวนสัตว์ป่าที่ควรได้รับความคุ้มครองกลับลดจำนวนลงอย่างต่อเนื่อง เพราะความต้องการใน สัตว์ป่าไม่ได้ลดจำนวนลง เมื่อไม่ได้รับอนุญาตให้ค้าสัตว์ป่าได้โดยเสรี จึงเกิดการลักลอบค้าสัตว์ป่าขึ้น จนกลายเป็นอาชญากรรมที่มีความเกี่ยวพันกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความ เชื่อว่าชาญในการลักลอบขนส่งสินค้าผิดกฎหมายข้ามพรมแดน ที่เห็นว่าการลักลอบค้าสัตว์ป่ามี ผลประโยชน์ตอบแทนสูง แต่มีความเสี่ยงน้อยที่จะถูกจับกุมและดำเนินคดี การนำมาตรการทาง

^{*} อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in International Commercial Law, University of Kent at Canterbury, UK, น.ม. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, LL.M. in Environmental and Natural Resources Law, University of Oregon, USA. นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: chanosumana@hotmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. at Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Commercial Law at University of Kent at Canterbury, UK, LL.M. Ramkhamhaeng University, LL.M. in Environmental and Natural Resources Law at University of Oregon, USA. Ph.D. at Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 12 มิถุนายน 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 19 กรกฎาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 22 กรกฎาคม 2562.

กฎหมายอันประกอบด้วย อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร (United Nations Convention against Transnational Organized Crime: UNTOC) ที่อาจนำมาใช้ร่วมกับพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาใช้จะทำให้การป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

Abstract

Human beings are destroying natural resources, and many species of wildlife are being threatened with extinction as a result. It is hunting and the wildlife trade in particular that are causing wildlife populations to diminish rapidly. In 1975, the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) took effect to control the international wildlife trade. The Convention established a permit system that differentiates on the basis of the conservation status of a species to provide protection for wildlife in international trade. Wildlife populations continue to decrease, however, because of the high demand for wildlife products. Transnational criminal organizations have become significant players in wildlife trafficking due to the high profits offered by the illegal wildlife trade. These criminal enterprises possess global networks, expertise in smuggling, and access to illegal markets that have made CITES alone insufficient to effectively protect wildlife from illegal international trade. It is therefore important to apply the provisions of other agreements and laws to assist in the fight against the illegal wildlife trade. Those would include international agreements such as the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC), and Thai laws including the Wildlife Preservation and Protection Act, B.E. 2562, and the Prevention and Suppression of Participation in Transnational Organized Crime Act, B.E. 2556.

คำสำคัญ: ลักลอบค้าสัตว์ป่า, อาชญากรรมต่อสัตว์ป่า, องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

Keywords: illegal wildlife trade, wildlife crime, transnational organized crime

1. การลักลอบค้าสัตว์ป่ากับอาชญากรรมข้ามชาติ

ปัจจุบันพบว่าปริมาณสัตว์ป่าได้ลดจำนวนลงอย่างรวดเร็ว และมีผลทำให้สัตว์ป่าบางชนิดสูญพันธุ์ หรือใกล้จะสูญพันธุ์จาก IUCN's Red List of Threatened Species ซึ่งเป็นข้อมูลที่จัดทำขึ้นโดย International Union for Conservation of Nature (IUCN) ที่ได้ทำการสำรวจปริมาณสัตว์ป่าที่คงเหลืออยู่ในธรรมชาติ รวมถึงถิ่นที่อยู่อาศัย ระบบนิเวศ การใช้ประโยชน์ การค้า และภัยคุกคามต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อสัตว์ป่า พบว่า มีชนิดพันธุ์มากกว่า 27,000 ชนิดที่กำลังอยู่ในสถานะถูกคุกคามจนใกล้จะสูญพันธุ์ และจากจำนวนนี้เป็นสัตว์เลื้อยคลานถึงร้อยละ 25¹ ซึ่งในการลดจำนวนลงของสัตว์ป่าเกิดได้จากหลายปัจจัยทั้งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น การเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศที่กระทบต่อถิ่นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า และเกิดจากการกระทำของมนุษย์ เช่น การล่าสัตว์โดยปราศจากการควบคุม การทำลายถิ่นที่อยู่อาศัย หรือการลักลอบค้าสัตว์ป่า²

อย่างไรก็ดี การที่สัตว์ป่าลดจำนวนลงจากการกระทำของมนุษย์สามารถมีการป้องกันและแก้ไขได้โดยการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อการอนุรักษ์ขึ้นมาควบคุม เช่น การกำหนดพื้นที่ป่าให้เป็นถิ่นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าเพื่อการอนุรักษ์ หรือการกำหนดมาตรการในการให้ความคุ้มครองในสัตว์ป่าไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งการห้ามมิให้มีการล่า ครอบครอง เพาะพันธุ์ หรือค้าสัตว์ป่าโดยมิได้รับอนุญาต แต่มาตรการเหล่านี้ก็ยังไม่เพียงพอที่จะลดปริมาณการสูญเสียสัตว์ป่าลงได้ ตราบใดที่ความต้องการในการใช้ประโยชน์จากสัตว์ปายังไม่ลดลงและการบังคับใช้กฎหมายยังไม่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง เห็นได้จากการที่จำนวนสัตว์ปายังคงลดจำนวนลงอย่างต่อเนื่องเพราะยังคงมีการล่าและค้าสัตว์ป่าเพื่อตอบสนองความต้องการในการใช้ประโยชน์อยู่ โดยเฉพาะสัตว์ป่าที่หายากหรือสัตว์ป่าที่มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษที่ผู้ซื้อยอมจ่ายในราคาสูงเพื่อให้ได้มาซึ่งสัตว์ป่าเหล่านั้นทำให้เกิดช่องทาง การแสวงหาประโยชน์โดยการลักลอบล่าและค้าสัตว์ป่าที่อยู่ในธรรมชาติโดยมีผลตอบแทนที่สูงเป็นแรงจูงใจในการกระทำความผิด เช่น นอแรดมีราคาขายในตลาดมืดสูงถึงกิโลกรัมละ 120,000 เหรียญสหรัฐ³

จากผลตอบแทนที่มีมูลค่าเป็นจำนวนเงินที่สูงทำให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่เคยกระทำความผิดด้านอื่น เช่น การลักลอบขนยาเสพติดหรือค้ายาเสพติด เปลี่ยนรูปแบบการกระทำความผิดโดยการ

¹IUCN [Online], available URL: <https://www.iucnredlist.org/about/background-history>, 2019 (March, 8).

²ทรงธรรม สุขสว่าง และทวี หนูทอง, ศาสตร์และศิลป์การจัดการทรัพยากรสัตว์ป่าในพื้นที่คุ้มครอง (กรุงเทพมหานคร: กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช, 2560), หน้า 41-45.

³Kaziranga National Park [Online], available URL: <https://www.kaziranga-national-park.com/blog/rhino-poaching-crisis-conservation-assam/>, 2019 (March, 8).

มีส่วนร่วมในอาชญากรรมการค้าสัตว์ป่ามากขึ้น ในการประชุมลอนดอนว่าด้วยการลักลอบค้าสัตว์ป่า (London Conference on Illegal Wildlife Trade: 2018) จึงเห็นว่าประเทศสมาชิกของอนุสัญญา CITES มีความจำเป็นที่จะต้องมีการรับมืออย่างเร่งด่วนเกี่ยวกับอาชญากรรมการค้าสัตว์ป่าที่เป็นอาชญากรรมข้ามพรมแดนที่มีความร้ายแรงและมีลักษณะเป็นการกระทำโดยองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ มีการจัดการเป็นกระบวนการอย่างดีโดยเครือข่ายที่มีความเชี่ยวชาญในการลักลอบขนส่งสินค้าที่ผิดกฎหมาย ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดประเภหานี้จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม และการประสานความร่วมมือจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง⁴ ทั้งนี้ ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่อยู่ในเส้นทางลักลอบค้าสัตว์ป่า และเป็นประเทศสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES) ซึ่งได้เข้าร่วมและลงนามในการประชุมลอนดอนครั้งนี้ จึงควรพิจารณานำมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศมาปรับใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าที่เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพในบทความนี้จึงจะมีเนื้อหาที่กล่าวถึงสาเหตุของปัญหาที่ทำให้เกิดการลักลอบค้าสัตว์ป่า มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง รวมถึงมาตรการทางกฎหมายในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าที่เป็นอาชญากรรมข้ามชาติ

2. กระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสัตว์ป่า

ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสัตว์ป่าเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนในการทำให้ได้มาซึ่งสัตว์ป่าที่จะนำไปจำหน่ายโดยมีวิธีดำเนินการเริ่มจากการล่า การเก็บรักษา การจัดการ การขนส่ง การแปรรูป การตลาด และการขายปลีก⁵ และมีการดำเนินการโดยกลุ่มผู้ลักลอบค้าสัตว์ป่าที่ทำเป็นเครือข่าย รวมถึงมีกลุ่มผู้บริโภคที่มีความต้องการในการใช้ประโยชน์จากสัตว์ป่าเหล่านั้น

2.1 วิธีการลักลอบค้าสัตว์ป่า

ในการลักลอบค้าสัตว์ป่าเริ่มจากการล่าที่มักจะใช้วิธีการฆ่าสัตว์เหล่านั้นเพื่อให้สะดวกในการขนย้าย หรือถ้าเป็นสัตว์ป่าที่นิยมบริโภคเมื่อยังมีชีวิตอยู่ก็จะล่าโดยไม่ฆ่าสัตว์ป่าเหล่านั้น เช่น ตัวลื่น

⁴London Conference on the Illegal Wildlife Trade [Online], available URL: <https://www.gov.uk/government/publications/declaration-london-conference-on-the-illegal-wildlife-trade-2018/london-conference-on-the-illegal-wildlife-trade-october-2018-declaration>, 2019 (March, 8).

⁵UNODC, *Transnational Organized Crime in EastAsia and the Pacific: A Threat Assessment* (Bangkok: UNODC, 2013), p. 80.

ที่มีการใช้เลือดไปทำเป็นยาแผนโบราณ จึงต้องใช้เฉพาะตัวที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้นกระบวนการต่อมาคือการขนส่งไปยังผู้ซื้อปลายทางที่อาจเป็นผู้บริโภคโดยตรงหรือผู้ซื้อเพื่อนำไปขายต่อก็ได้ หรือ ถ้าต้องการแปรรูปผลิตภัณฑ์นั้นก็จะมีการขนส่งไปยังสถานที่นั้นเพื่อทำการแปรรูปก่อน เช่น งาช้างอาจมีการแปรรูปโดยทำเป็นของตกแต่งบ้าน หรือเครื่องประดับก่อนที่จะนำออกไปจำหน่ายให้แก่ ผู้ซื้อ โดยเส้นทางในการขนส่งอาจเป็นการขนส่งในประเทศ ระหว่างประเทศเพื่อนบ้าน หรืออาจเป็นการขนส่งระยะทางไกลที่อาจต้องมีการนำผ่านบางประเทศก่อนที่จะไปยังจุดหมายปลายทางก็ได้ และอาจเป็นการขนส่งทางรถยนต์ ทางเรือ หรือทางเครื่องบิน แต่จะใช้วิธีการขนส่งโดยการลักลอบเป็นหลัก เช่น ไม่สำแดงสินค้าต่อเจ้าหน้าที่ศุลกากรเมื่อผ่านด่าน หรือการสำแดงสินค้าอันเป็นเท็จที่อาจเกิดขึ้นในลักษณะสำแดงเป็นชนิดพันธุ์ที่ไม่มีข้อจำกัดทางการค้าหรือนำสัตว์ป่าที่จับได้ตามธรรมชาติปะปนไปกับสัตว์ป่าที่ได้รับอนุญาตให้เพาะพันธุ์ หรือการปลอมใบอนุญาตเพื่อนำเข้า ส่งออก นำผ่าน หรือส่งกลับออกไป หรือการขนส่งสัตว์ป่าไปในกระเป๋าดูแลทางปะปนกับของใช้ส่วนตัวอื่นๆ หรือใส่กล่องซุกซ่อนไปในรถยนต์หรือรถบรรทุก หรือใช้วิธีการส่งไปยังประเทศที่ไม่มีการควบคุมการค้าสัตว์ป่าหรือผลิตภัณฑ์ที่ได้จากสัตว์ป่าเหล่านั้น เช่น ประเทศไทยก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ.2558 ประเทศไทยเคยถูกใช้เป็นประเทศที่มีไว้เพื่อฟอกงาช้างจากประเทศแอฟริกาที่ได้มาโดย มิชอบด้วยกฎหมายให้กลายเป็นงาช้างที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีการส่งกลับออกไปยังประเทศที่สาม⁶ และเมื่อทำการขนส่งไปยังผู้ซื้อแล้วกระบวนการต่อมาคือ การจำหน่ายที่อาจจำหน่ายในตลาดขายสัตว์ป่า หรือผ่านทางอินเทอร์เน็ต เช่น จากรายงานของ TRAFFIC ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมที่ทำงานเกี่ยวกับการอนุรักษ์สัตว์ป่าได้มีการติดตามกลุ่มเฟซบุ๊กจำนวน 12 กลุ่มในประเทศไทย ในปี พ.ศ.2559 เป็นเวลา 23 วัน พบการเสนอขายสัตว์ที่มีชีวิต 1,521 ตัว ในจำนวนนี้มีสัตว์ป่าคุ้มครองเช่น ลิงลม และยังมีการเสนอขายผลิตภัณฑ์ที่ได้จากสัตว์ป่าอีกด้วย เช่น เกล็ดตัวลิง งาช้าง หรือหนังเสือ เป็นต้น⁷

2.2 เครือข่ายในการลักลอบค้าสัตว์ป่า

จากกระบวนการลักลอบค้าสัตว์ป่าที่มีหลายขั้นตอน กลุ่มคนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดก็จะมีหลายกลุ่มเช่นเดียวกัน เริ่มตั้งแต่ผู้ล่า พ่อค้าคนกลาง ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก ผู้บริโภค

⁶R. Lohanan, "The elephant situation in Thailand and a plea for co-operation," in Iljas Baker and Masakasu Kashio (ed.), *Giants on Our Hands*, Proceedings of the International Workshop on the Domesticated Asian Elephant, UN Food and Agricultural Office (FAO) 2002.

⁷TRAFFIC [Online], available URL: https://www.traffic.org/site/assets/files/11073/trading_faces_thailand.pdf, 2019 (March, 8).

และผู้ซื้อ หรือถ้าเป็นกรณีของการซื้อขายข้ามพรมแดนก็จะมีผู้ขนส่งที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นอย่างดีในการลักลอบขนส่งสินค้าที่ผิดกฎหมาย เช่น ยาเสพติด และในการกระทำความผิดก็อาจมีความเกี่ยวข้องกับพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนในการอำนวยความสะดวกในการลักลอบนำเข้าหรือส่งออกด้วย เช่น การที่เจ้าพนักงานรับสินบนทำให้ไม่มีการตรวจสินค้าที่นำเข้าหรือส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงในบางกรณีอาจมีความเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการดำเนินการเป็นเครือข่ายและนำเงินที่ได้มานั้นไปใช้ในการสนับสนุนให้มีการกระทำความผิดอย่างผิดกฎหมาย เช่น นำเงินที่ได้ไปใช้ในการสนับสนุนกลุ่มผู้ก่อการร้าย หรือให้มีการก่อความไม่สงบในพื้นที่ต่างๆ⁹

กลุ่มผู้ลักลอบค้าสัตว์ป่าจึงอาจเรียกได้ว่าเป็นกลุ่มที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะส่วน แยกความรับผิดชอบตามงานในหน้าที่ของตน เช่น เริ่มตั้งแต่กระบวนการล่า การลักลอบ ไปจนถึงเส้นทางการขนส่ง และการหาตลาดปลายทาง ที่ไม่จำเป็นต้องมีหัวหน้าในเครือข่ายนั้นแต่เกิดจากการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการแสวงหาประโยชน์ในกิจการที่ให้ค่าตอบแทนสูงและมีความเสี่ยงต่ำ โดยบุคคลเหล่านี้ต้องเป็นคนที่มีความรู้ในชนิดพันธุ์ของสัตว์ป่าที่จะทำการค้าเป็นอย่างดี เพราะสัตว์ป่าแต่ละประเภทอาจต้องมีวิธีการล่า วิธีแปรรูป วิธีการดูแลรักษา และวิธีการขนส่งที่แตกต่างกัน หากไม่รู้วิธีที่เหมาะสมจะทำให้ราคาที่จะได้ตอบแทนจากสัตว์ป่านั้นน้อยกว่าที่ควรจะเป็นเพราะผู้บริโภคจะจ่ายในราคาที่เหมาะสมเมื่อตนได้สินค้าตามความต้องการเท่านั้น¹⁰

2.3 ความต้องการในการใช้ประโยชน์ของผู้บริโภค

การที่อาชญากรรมในการลักลอบค้าสัตว์ป่ายังคงพบว่ามีผลกระทบความผิดอย่างต่อเนื่องเพื่อตอบสนองความต้องการของมนุษย์โดยเป็นการใช้เพื่อการบริโภคที่มีรูปแบบและวัตถุประสงค์ในการใช้ที่แตกต่างกันไป เช่น การใช้เป็นสินค้าแปรรูป ของสะสม อาหาร และยาแผนโบราณและจากความต้องการในการใช้ประโยชน์ที่มีมากทำให้เกิดการล่าสัตว์ป่ามากขึ้น เป็นไปตามหลักอุปสงค์และอุปทาน ยังมีความต้องการมากขึ้นเท่าใด หรือยิ่งหายากมากเท่าใด ราคาย่อมสูงขึ้น ทำให้ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการค้าสัตว์ป่าย่อมสูงตามไปด้วยเช่นกัน อีกทั้งค่านิยมของผู้บริโภคบางกลุ่มเห็นว่าการบริโภค

⁸TRAFFIC, What's Driving the Wildlife Trade? A Review of Expert Opinion on Economic and Social Drivers of the Wildlife Trade and Trade Control Efforts in Cambodia, Indonesia, Lao PDR and Vietnam, East Asia and Pacific Region Sustainable Development Discussions Papers, The World Bank, Washington DC, 2008.

⁹The Guardian Newspaper [Online], available URL: <https://www.theguardian.com/environment/2012/dec/12/wildlife-trafficking-national-security-wwf>, 2019 (March, 8).

¹⁰UNODC, Transnational Organized Crime in East Asia and the Pacific: A Threat Assessment (Bangkok: UNODC, 2013), pp. 83-84.

ผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากสัตว์ป่าที่หายากหรือมีราคาสูงเป็นการแสดงให้เห็นถึงความมั่งมีในรูปแบบหนึ่ง ทำให้คนชั้นกลางที่มีฐานะบางกลุ่มเริ่มที่จะใช้จ่ายเพื่อให้ได้บริโภคสัตว์ป่าเพิ่มมากขึ้น และเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้มีตลาดที่จำหน่ายสัตว์ป่าที่มีการลักลอบโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพิ่มขึ้นตามไปด้วย¹¹ ในขณะเดียวกัน ความยากง่ายในการล่าหรือการขนส่งก็เป็นปัจจัยในการกำหนดราคาด้วยเช่นกัน ถ้าความต้องการในสัตว์ป่านั้นอยู่ในพื้นที่ที่เป็นถิ่นที่อยู่ของสัตว์ป่าอยู่แล้วราคาที่นายพรานได้รับจากผู้ซื้อสัตว์ป่าก็จะไม่สูงนัก แต่ถ้าเป็นระยะทางไกลข้ามประเทศหรือข้ามทวีป ความเสี่ยงก็จะสูงขึ้นเพราะต้องมีการลักลอบขนส่งผ่านเส้นทางหลายประเทศ ต้องมีการหลบหลีกการตรวจจับการลักลอบสัตว์ป่าที่ค่อนข้างเข้มงวด ทำให้มีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น หรือต้องมีการให้สินบนพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจสอบ ทำให้ความเสี่ยงและต้นทุนที่สูงขึ้น ราคาที่จะเรียกจากผู้ซื้อหรือผู้บริโภค จึงเป็นราคาที่สูงขึ้นตามความซับซ้อนในการลักลอบกระทำความผิด

3. มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่า

ในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่ามีข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง คือ อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการค้าสัตว์ป่า และมีอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร (United Nations Convention against Transnational Organized Crime: UNTOC) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าได้

3.1 อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES)

อนุสัญญา CITES เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติด้วยการควบคุมไม่ให้มีการค้าสัตว์ป่าหรือพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์โดยมิชอบด้วยกฎหมายมิ

¹¹ Milliken, T. and Shaw, J., *The South Africa – Viet Nam Rhino Horn Trade Nexus: A deadly combination of institutional lapses, corrupt wildlife industry professionals and Asian crime syndicates* (Johannesburg: TRAFFIC, South Africa), 2012, pp. 14-15, TRAFFIC [Online], available URL: https://www.traffic.org/site/assets/files/2662/south_africa_vietnam_rhino_horn_nexus.pdf, 2019 (March, 8).

การนำระบบการออกใบอนุญาตมาใช้ในการกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการค้าสัตว์ป่าเพื่อให้การบริหารจัดการและตรวจสอบการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องนำเอาหลักการที่กำหนดในอนุสัญญา CITES ไปบัญญัติเป็นกฎหมายบังคับใช้ในประเทศ โดยในปัจจุบัน CITES ได้ให้ความคุ้มครองชนิดพันธุ์ของสัตว์ป่าและพืชป่ามากกว่า 35,000 ชนิด¹²

3.1.1 ชนิดพันธุ์ที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา CITES¹³

ก. ชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 1 ประกอบด้วยชนิดพันธุ์ที่อยู่ในสถานะใกล้สูญพันธุ์ การค้าตัวอย่างพันธุ์ของชนิดพันธุ์ดังกล่าวจะได้รับอนุญาตเฉพาะแต่ในกรณีพิเศษเท่านั้น

ข. ชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2 ประกอบด้วยชนิดพันธุ์ที่แม้ว่าในขณะนี้จะได้ไม่อยู่ในสถานะใกล้สูญพันธุ์ แต่การค้าต้องถูกควบคุมเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ประโยชน์ที่ไม่สอดคล้องกับความอยู่รอดของชนิดพันธุ์ดังกล่าว และให้การคุ้มครองรวมถึงชนิดพันธุ์อื่นที่อาจส่งผลทำให้การควบคุมการค้าตัวอย่างพันธุ์ที่กล่าวข้างต้นของชนิดพันธุ์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น ชนิดพันธุ์ที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันกับชนิดพันธุ์ที่ถูกคุ้มครอง หรือชนิดพันธุ์ที่จำเป็นต้องมีอยู่เพื่อความอยู่รอดของชนิดพันธุ์ที่ถูกคุ้มครอง¹⁴ ซึ่งในการค้าชนิดพันธุ์เหล่านี้จะมีการตรวจสอบอย่างละเอียดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการสำแดงข้อมูลอันเป็นเท็จ

ค. ชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 3 ประกอบด้วยชนิดพันธุ์ซึ่งมีการคุ้มครองโดยประเทศภาคีสมาชิกประเทศหนึ่ง และประเทศนั้นต้องการความร่วมมือจากประเทศภาคีอื่นๆ ในการควบคุมการค้าชนิดพันธุ์ดังกล่าว การเสนอชื่อชนิดพันธุ์ให้ได้รับการคุ้มครองตามบัญชีนี้จึงเป็นอำนาจของประเทศสมาชิกที่จะเสนอได้โดยไม่ต้องมีความตกลงร่วมกันระหว่างประเทศภาคีสมาชิกก็ได้

อย่างไรก็ดี ในการจำแนกชนิดพันธุ์สัตว์ป่าที่จะได้รับความคุ้มครองตามบัญชีข้างต้นอาจมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ เช่น ช้างแอฟริกาจะได้รับความคุ้มครองตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 1 ในประเทศภาคีสมาชิกอื่นๆ เว้นแต่ บอตสวานา นามิเบีย แอฟริกาใต้ และซิมบับเวที่จะได้รับความคุ้มครองตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2¹⁵

¹²CITES, [Online], available URL: <https://cites.org/eng/disc/what.php>, 2018 (June, 20).

¹³CITES Article II [Online], available URL: <https://www.cites.org/eng/disc/text.php#III>, 2018 (June, 20).

¹⁴Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *International Environmental Law*, 3rd ed. (UNEP, 2003), p. 213.

¹⁵CITES [Online], available URL: <https://www.cites.org/eng/app/appendices.php>, 2018 (June, 20).

3.1.2 การออกใบอนุญาตตามอนุสัญญา CITES

ในการควบคุมการค้าชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายอนุสัญญา CITES ประเทศภาคีสมาชิกต้องจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมา 2 หน่วยงาน คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายวิทยาการ มีหน้าที่รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตการนำเข้าและส่งออก และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปฏิบัติการมีหน้าที่รับผิดชอบในการประเมินผลและให้คำแนะนำถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับชนิดพันธุ์ที่ได้รับความคุ้มครอง และเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติการตามที่อนุสัญญา CITES กำหนดไว้ดังนี้

ก. ชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 1 ต้องมีใบอนุญาตทั้งจากประเทศนำเข้าและส่งออก ดังนี้

(1) ใบอนุญาตนำเข้า จะออกให้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายวิทยาการของประเทศผู้นำเข้ามีความเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการนำเข้านั้นจะไม่เป็นอันตรายต่อความอยู่รอดของชนิดพันธุ์ที่เกี่ยวข้อง และได้ตรวจสอบจนเป็นที่พอใจว่าผู้รับตัวอย่างพันธุ์ที่มีชีวิตมีความเหมาะสมทั้งในเรื่องการจัดเตรียมที่อยู่และการดูแลรักษาตัวอย่างพันธุ์ที่นำเข้า และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปฏิบัติการของประเทศผู้นำเข้าได้ตรวจสอบจนเป็นที่พอใจว่าการนำเข้านั้นมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการพาณิชย์

(2) ใบอนุญาตส่งออก เจ้าหน้าที่ฝ่ายวิทยาการของประเทศผู้ส่งออกมีความเห็นว่า การส่งออกนั้นจะไม่เป็นอันตรายต่อความอยู่รอดของชนิดพันธุ์ที่ส่งออก และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปฏิบัติการของประเทศผู้ส่งออกได้ตรวจสอบจนเป็นที่พอใจว่า การได้มาซึ่งตัวอย่างพันธุ์ดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์สัตว์และพันธุ์พืชของประเทศนั้น การเตรียมการและการขนส่งตัวอย่างพันธุ์ที่มีชีวิตต้องดำเนินการเป็นอย่างดีเพื่อลดความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บ ภัยอันตรายต่อสุขภาพหรือการทารุณกรรมที่อาจเกิดขึ้น รวมถึงต้องแน่ใจได้ว่าการออกใบอนุญาตให้นำเข้าสำหรับชนิดพันธุ์ดังกล่าวแล้ว¹⁶

ข. ชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2 ต้องมีใบอนุญาตจากประเทศส่งออกเป็นหลัก และมีเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตเช่นเดียวกับชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 1 ยกเว้นเรื่องใบอนุญาตนำเข้าที่ไม่จำเป็นต้องมี นอกจากนี้ชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 2 ยังสามารถทำการค้าเชิงพาณิชย์ได้ แต่ในขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่ฝ่ายวิทยาการก็อาจให้ความเห็นในการจำกัดปริมาณการส่งออกเพื่อรักษาจำนวนของชนิดพันธุ์นั้นๆ ให้อยู่ในระดับที่สอดคล้องกับระบบนิเวศเมื่อปรากฏว่าอาจถึงขนาดที่ต้องเพิ่มชนิดพันธุ์นั้นในบัญชีแนบท้ายหมายเลข 1¹⁷

¹⁶CITES Article III [Online], available URL: <https://www.cites.org/eng/disc/text.php#III>, 2018 (June, 20).

¹⁷CITES, Article IV [Online], available URL: <https://www.cites.org/eng/disc/text.php#III>, 2018 (June, 20).

ค. ชนิดพันธุ์ตามบัญชีแนบท้ายหมายเลข 3 ต้องมีใบอนุญาตจากประเทศส่งออก และในการนำเข้าต้องมีใบรับรองที่แสดงแหล่งที่มาของสัตว์ป่านั้นด้วย¹⁸

นอกเหนือจากมาตรการในการออกใบอนุญาตข้างต้น อนุสัญญา CITES ยังได้กำหนด มาตรการอื่นให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตามในการควบคุมการลักลอบค้าสัตว์ป่าโดยมิชอบ ด้วยกฎหมาย เช่น การกำหนดบทลงโทษกรณีฝ่าฝืนหรือการรับหรือส่งกลับซึ่งตัวอย่างชนิดพันธุ์ที่มี การค้าโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงการควบคุมดูแลการขนส่งให้เป็นอันตรายกับชนิดพันธุ์ให้น้อย ที่สุดด้วย¹⁹

3.2 อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร (United Nations Convention against Transnational Organized Crime: UNTOC)

ในระหว่างการประชุม CoP16 International Consortium on Combating Wildlife Crime (ICWC)²⁰ ได้จัดให้มีการประชุมรัฐมนตรีหรือตัวแทนระดับสูงของประเทศสมาชิกขึ้น ซึ่งใน การประชุมครั้งนี้ประเทศสมาชิกเห็นพ้องกันว่าปัญหาการลักลอบล่าและค้าสัตว์ป่ามีลักษณะเป็น อาชญากรรมข้ามชาติ จึงต้องนำมาตรการในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติมาใช้ในการแก้ไข ปัญหา²¹ โดยการนำหลักการที่ปรากฏใน UNTOC ที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศและมีวัตถุประสงค์

¹⁸CITES, Article V [Online], available URL: <https://www.cites.org/eng/disc/text.php#III>, 2018 (June, 20).

¹⁹CITES, Article VIII [Online], available URL: <https://www.cites.org/eng/disc/text.php#III>, 2018 (June, 20).

²⁰ICWC เป็นหน่วยงานที่เกิดขึ้นจากการประสานความร่วมมือตามบันทึกข้อตกลงฉบับลงวันที่ 23 พฤศจิกายน 2010 ขององค์กรระหว่างประเทศ 5 แห่ง ประกอบด้วย สำนักงานเลขาธิการอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (CITES) องค์กรตำรวจอาชญากรรมระหว่างประเทศ (INTERPOL) สำนักงาน ป้องกันยาเสพติดและปราบปรามอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UN Office on Drugs and Crime: UNODC) ธนาคารโลก (World Bank) และองค์การศุลกากรโลก (The World Customs Organization) โดยมีวัตถุประสงค์ ในการประสานความร่วมมือเพื่อสนับสนุนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายด้านสัตว์ป่า เสริมสร้าง ความเข้มแข็งในระบบกระบวนการยุติธรรม และส่งเสริมการมีเครือข่ายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ต่อสัตว์ป่าทั้งในระดับประเทศ ภูมิภาค และระหว่างประเทศ ([Online], available URL: <https://cites.org/eng/prog/icwc.php>, 2018 (June, 20).

²¹Chair's Summary of Roundtable on Combating Transnational Organized Wildlife and Forest Crime for Ministers and High-Level Representatives [Online], available URL: <https://www.cites.org/sites/default/files/eng/cop/16/inf/E-CoP16i-54.pdf>, 2018 (June, 20).

เกี่ยวข้องกับการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติมาใช้บังคับกับประเทศสมาชิกที่มีทั้งหมด 190 ประเทศ²² ร่วมกับมาตรการควบคุมการค้าสัตว์ป่าตามที่ปรากฏในอนุสัญญา CITES

3.2.1 ความหมายขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

อนุสัญญา UNTOC ได้อธิบายความหมายขององค์กรอาชญากรรมไว้ว่าเป็นกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นโดยบุคคลสามคนหรือมากกว่านั้น มีการดำรงอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และมีเป้าหมายในการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงตามที่อนุสัญญากำหนด เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม²³ ส่วนการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรง หมายความว่า การกระทำที่เป็นความผิดและอาจถูกลงโทษโดยการจำกัดเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อย 4 ปี หรือร้ายแรงกว่านั้น²⁴ ทั้งนี้ในการกระทำความผิดโดยองค์กรอาชญากรรมต้องมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติ ซึ่งเป็น

(1) ความผิดที่กระทำในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

(2) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่มีการเตรียมการ วางแผน ส่งการ หรือควบคุมการกระทำความผิดในอีกรัฐหนึ่ง

(3) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่งแต่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดทางอาญามากกว่าหนึ่งรัฐ หรือ

(4) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่งแต่มีผลของการกระทำที่สำคัญเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง²⁵

3.2.2 มาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

อนุสัญญา UNTOC กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องนำมาตรการทางอาญามาใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีเจตนากระทำความผิดในลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญา UNTOC ทั้งในส่วนของประเภทของอาชญากรรมที่ร้ายแรง และลักษณะเฉพาะของการกระทำความผิดที่เป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ในกรณีดังต่อไปนี้

²²UNTOC [Online], available URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en, 2018 (June, 20).

²³UNTOC, **Article 2 (a)** [Online], available URL: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, 2018 (June, 20).

²⁴UNTOC, Article 2 (b)0.

²⁵UNTOC, Article 30.

(1) มีการตกลงกระทำความผิดร่วมกับบุคคลอื่นในอาชญากรรมที่ร้ายแรง เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมข้ามชาติ

(2) มีการกระทำการโดยบุคคลที่รู้ถึงวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ หรือรู้ถึงเจตนาในการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ หรือมีการจัดการ ส่งการ ช่วยเหลือ ยุยง อำนาจความสะดวก หรือให้คำปรึกษาในการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ²⁶

3.2.3 การลักลอบค้าสัตว์ป่ากับอาชญากรรมข้ามชาติ

การลักลอบค้าสัตว์ป่าเป็นอาชญากรรมข้ามชาติที่มีอัตราการกระทำความผิดที่เติบโตเร็วมากและมีมูลค่ากว่าพันล้านเหรียญสหรัฐในทั่วโลก และเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายชนิดพันธุ์สัตว์ป่าข้ามพรมแดนโดยขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายทั้งที่เป็นกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งสอดคล้องกับคำนิยามของอาชญากรรมข้ามชาติที่ระบุไว้ในอนุสัญญา UNTOC แต่เมื่อเนื้อหาของอนุสัญญาไม่ได้มีการระบุถึงฐานความผิดที่ถือเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมข้ามชาติไว้อย่างชัดเจนจึงเป็นหน้าที่ของประเทศสมาชิกที่จะต้องพิจารณากำหนดโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม จากรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติที่ได้นำเสนอต่อ UN Commission on Crime Prevention and Criminal Justice ได้กล่าวถึงกระบวนการลักลอบค้าสัตว์ป่าที่มีลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ จึงต้องนำมาตรึงโทษผู้กระทำความผิดฐานเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมาใช้บังคับกับปัญหาการลักลอบค้าสัตว์ป่าด้วย เพราะเป็นความผิดที่มีการกระทำดังต่อไปนี้

(1) มีการให้สินบนและการกระทำทุจริตต่อหน้าที่เพื่อจะให้ได้รับการช่วยเหลือในการขนส่งสัตว์ป่า

(2) มีการขนส่งผ่านเส้นทาง วิธีการ และการสนับสนุนที่มีการเตรียมการไว้อย่างดี

(3) มีการใช้ความรุนแรงเพื่อทำให้ภารกิจสำเร็จไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อฝ่ายตรงข้ามหรือเจ้าพนักงานของรัฐ

(4) มีการใช้วิธีการที่เชี่ยวชาญเพื่อปกปิด หรือหลีกเลี่ยงการตรวจสอบโดยใช้เอกสารปลอม

(5) มีการขนส่งสัตว์ป่าร่วมกับสิ่งของที่ผิดกฎหมายอื่นๆ

(6) มีการฟอกเงินที่ได้จากการลักลอบค้าสัตว์ป่า

²⁶UNTOC, Article 50.

(7) มีการจัดตั้งบริษัทที่ถูกต้องตามกฎหมายขึ้นมาเป็นฉากบังหน้าการกระทำความผิด²⁷

3.2.4 มาตรการในการประสานความร่วมมือระหว่างรัฐ

ในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติจำเป็นต้องมีการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศ เพราะลักษณะของการกระทำความผิดเป็นการกระทำที่เป็นความผิดเกิดขึ้นต่อเนื่องกันในหลายประเทศและอนุสัญญา UNTOC ได้มีการกำหนดมาตรการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกไว้หลายด้าน เช่น การริบทรัพย์สิน²⁸ การส่งผู้ร้ายข้ามแดน²⁹ ข้อตกลงว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศ³⁰ การสืบสวนร่วมกัน³¹ รวมถึงการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย³² ซึ่งในการประสานความร่วมมือเหล่านี้จะเป็นมาตรการที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องร่วมมือกันทั้งในการแบ่งปันข้อมูล การให้ความช่วยเหลือในการสืบสวนหาหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด การนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล โดยเป็นการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐในรูปแบบของความตกลงทวิภาคี พหุภาคี หรือจากการเป็นประเทศสมาชิกของอนุสัญญา UNTOC ซึ่งประเทศสมาชิกต้องส่งเสริมให้มีความร่วมมือระหว่างหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายผ่านช่องทางตามข้อตกลงหรือองค์กรระหว่างประเทศ หรือองค์กรในภูมิภาค เพื่อตอบโต้การกระทำความผิดฐานเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยในการกระทำความผิด

ทั้งนี้ในการประสานความร่วมมือเพื่อปราบปรามการกระทำความผิดข้อบที่ 27 กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องใช้มาตรการที่เหมาะสม เช่น การส่งเสริมให้มีช่องทางการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมข้ามชาติหรืออาชญากรรมอื่นอย่างรวดเร็วและปลอดภัย การให้ความร่วมมือกับประเทศสมาชิกในการสอบสวนการกระทำความผิด เช่น การเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับอัตลักษณ์บุคคล ถิ่นที่อยู่ เส้นทางเคลื่อนไหวกของทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด หรือ

²⁷ UN Secretary General, Illicit trafficking in protected species of wild flora and fauna and illicit access to genetic resources – Report of the Secretary General, 12th Session of the ECOSOC Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Vienna, 13-22 May 2003, para. 29, [Online], available URL: https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/12_commission/8e.pdf, 2018 (June, 20).

²⁸ UNTOC, Article 13.

²⁹ UNTOC, Article 16.

³⁰ UNTOC, Article 18.

³¹ UNTOC, Article 19.

³² UNTOC, Article 27.

วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายว่าจะใช้เพื่อกระทำความผิด การจัดให้มีสิ่งจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์หรือสืบสวน การแลกเปลี่ยนหรือแบ่งปันความรู้ระหว่างบุคลากรหรือผู้เชี่ยวชาญกับหน่วยงานของรัฐอื่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการที่ใช้ในการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เช่น เส้นทาง การขนส่ง หรือการสำแดงข้อมูลอันเป็นเท็จหรือการแบ่งปันข้อมูลหรือประสานความร่วมมือที่ได้มาจากการข่าว ซึ่งเป็นมาตรการในการประสานความร่วมมือที่นำมาใช้ในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าได้ เพราะจะทำให้สามารถเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญเพื่อใช้ในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

4. มาตรการทางกฎหมายภายในประเทศ

4.1 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562

จากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา CITES จึงมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศในการที่จะต้องบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ทำให้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2535 ที่มีสาระสำคัญในการควบคุมการค้าด้วยวิธีการออกใบอนุญาตขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพบปัญหาคู่ค้ามีการบังคับใช้เป็นระยะเวลานาน แต่มีมาตรการทางกฎหมายที่ไม่เหมาะสมเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองสัตว์ป่าในปัจจุบันทั้งในส่วนของการสงวน อนุรักษ์ คุ้มครองดูแลรักษา พื้นฟูสัตว์ป่าและถิ่นที่อยู่อาศัย รวมทั้งพันธกรณีระหว่างประเทศที่ไทยจำเป็นต้องปฏิบัติตาม ทำให้ต้องมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562 ขึ้น³³ โดยมีสาระสำคัญในการให้ความคุ้มครองสัตว์ป่าสงวน³⁴ สัตว์ป่าคุ้มครอง³⁵ สัตว์ป่าควบคุม³⁶ รวมถึงซากสัตว์ป่า³⁷ และผลิตภัณฑ์จากสัตว์ป่า³⁸ เหล่านั้นด้วยรวมถึงมาตรการทาง

³³ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562 มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 180 วันนับแต่วันที่ 29 พฤษภาคม 2562 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา.

³⁴ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, มาตรา 4 กำหนดให้ “สัตว์ป่าสงวน” หมายความว่า สัตว์ป่าหายากหรือสัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์จำเป็นต้องสงวนและอนุรักษ์ไว้อย่างเข้มงวด.

³⁵ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, มาตรา 4 กำหนดให้ “สัตว์ป่าคุ้มครอง” หมายความว่า สัตว์ป่าที่มีความสำคัญต่อระบบนิเวศ หรือจำนวนประชากรของสัตว์ป่าชนิดนั้นมีแนวโน้มลดลง อันอาจส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศ.

³⁶ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562, มาตรา 4 กำหนดให้ “สัตว์ป่าควบคุม” หมายความว่า สัตว์ป่าที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ และสัตว์ป่าอื่นที่ต้องมีมาตรการควบคุมที่เหมาะสม.

กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการควบคุมการค้าสัตว์ป่าทั้งในภายในประเทศ และต่างประเทศผ่านการนำเข้า ส่งออก และนำผ่านซึ่งสัตว์ป่า

4.1.1 ประเภทของกิจกรรมตามมาตรการควบคุมการค้าสัตว์ป่า

ในการควบคุมกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าสัตว์ป่า พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า³⁷ ได้กำหนดมาตรการในการควบคุมไว้ 4 กรณี ดังนี้

1) การค้าสัตว์ป่า หมายความว่าถึง ซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย แจก หรือโอนกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในทางการค้า และให้หมายความรวมถึงมีหรือแสดงไว้ซึ่งสัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าเพื่อการค้า การประกาศหรือโฆษณาหรือนำเสนอทางสื่อ โทรทัศน์ วิทยุ สิ่งพิมพ์ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ หรือสื่อใดๆ เพื่อการค้าด้วย

2) การนำเข้า หมายความว่าถึง นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร และให้หมายความรวมถึงนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าที่เคยส่งออกป็นนอกราชอาณาจักร

3) การส่งออก หมายความว่าถึง นำหรือส่งออกป็นนอกราชอาณาจักร และให้หมายความรวมถึงนำหรือส่งออกป็นนอกราชอาณาจักรซึ่งสัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าที่เคยนำเข้ามาในราชอาณาจักรแล้ว

4) การนำผ่าน หมายความว่าถึง การผ่านแดนและการถ่ายลำตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร

มาตรการนำเข้า ส่งออก และนำผ่านเป็นมาตรการที่นำมาใช้ในการที่ควบคุมการค้าสัตว์ป่าข้ามพรมแดน และเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นมาให้สอดคล้องกับอนุสัญญา CITES ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องมีกฎหมายควบคุมการค้าสัตว์ป่า แต่ในส่วนของอนุสัญญา CITES ได้มีการกำหนดคำเฉพาะในการส่งกลับออกไปซึ่งชนิดพันธุ์สัตว์ป่าที่ต้องมีใบรับรองการนำเข้าก่อนที่จะได้

³⁷ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562, มาตรา 4 กำหนดให้ “ซากสัตว์ป่า” หมายความว่า ร่างกาย หรือส่วนของร่างของสัตว์ป่าที่ตายแล้วหรือเนื้อของสัตว์ป่า ไม่ว่าจะได้ปั้ง ต้ม ร่ม ย่าง ตากแห้ง หมัก ดอง หรือทำอย่างอื่นเพื่อไม่ให้เน่าเปื่อย และไม่ว่าจะชำแหละ แยกออก หรืออยู่ในร่างของสัตว์ป่านั้น และให้หมายความรวมถึงเขา หนัง กระดุกกะโหลก ฟัน งา ขนหาง นอ ขน เกล็ด เล็บ กระดอง เปลือก เลือด น้ำเหลือง น้ำเชื้อ หรือส่วนต่างๆ ของสัตว์ป่าที่แยกออกจากร่างของสัตว์ป่าไม่ว่าจะยังมีชีวิตหรือตายแล้ว.

³⁸ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562, มาตรา 4 กำหนดให้ “ผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่า” ให้หมายความรวมถึงอนุพันธ์หรือสิ่งอื่นใดที่ได้มาจากสัตว์ป่าหรือซากของสัตว์ป่าที่ตรวจสอบหรือจำแนกได้โดยเอกสารกำกับบรรจุภัณฑ์ เครื่องหมาย ฉลาก หรืออื่นๆ ว่าเป็นของสัตว์ป่าชนิดนั้นๆ ทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด.

รับอนุญาตให้ส่งกลับออกไป (Re-export) ด้วย³⁹ ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ จะไม่ได้มีการบัญญัติคำนี้ไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาจากคำนิยามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติที่ให้ความหมายของคำว่าส่งออกไว้ให้ครอบคลุมถึงการส่งออกสัตว์ป่าที่เคยนำเข้ามาราชอาณาจักรด้วยจึงเป็นที่การให้คำนิยามที่สอดคล้องกับบทบัญญัติในอนุสัญญา CITES แล้ว

4.1.2 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการค้าสัตว์ป่า

1) มาตรการควบคุมการค้าสัตว์ป่า

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ มาตรา 29 ได้กำหนดห้ามมิให้มีการค้าสัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครอง ซากสัตว์ป่าหรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าดังกล่าว แต่ในกรณีของสัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้เพราะมีศักยภาพในการใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ หรือสัตว์ป่าควบคุมตามประกาศรัฐมนตรี จะมีการค้าได้เฉพาะชนิดที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดเท่านั้นและต้องได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช และหากเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตดำเนินกิจการเพาะพันธุ์สัตว์ป่าอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องขออนุญาตค้าสัตว์ป่านั้นอีก⁴⁰

2) มาตรการควบคุมการนำเข้า ส่งออก นำผ่านและนำเคลื่อนที่ซึ่งสัตว์ป่า

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ กำหนดมาตรการควบคุมการนำเข้า ส่งออก นำผ่าน และนำเคลื่อนที่ซึ่งสัตว์ป่า ซาก หรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าไว้ดังนี้

(1) กรณีสัตว์ป่าสงวน ซากหรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าสงวน

ก. ในการนำเข้าหรือส่งออก มาตรา 22 วรรคหนึ่ง กำหนดห้ามมิให้นำเข้าหรือส่งออกซึ่งสัตว์ป่าสงวน ซากหรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าสงวน เว้นแต่จะได้รับอนุญาต ซึ่งการอนุญาตจะทำได้เฉพาะกรณีที่เป็นการทำเพื่อกิจการสวนสัตว์ของผู้รับใบอนุญาตจัดตั้งและประกอบกิจการสวนสัตว์ หรือสวนสัตว์ที่หน่วยงานของรัฐจัดตั้งขึ้นตามหน้าที่

ข. ในการนำผ่าน มาตรา 25 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ผู้จะนำผ่านต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ประจำด่านตรวจสัตว์ป่า

(2) กรณีสัตว์ป่าคุ้มครอง ซากหรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าคุ้มครอง

ก. ในการนำเข้าหรือส่งออก มาตรา 23 วรรคหนึ่ง กำหนดให้การนำเข้าหรือส่งออกสัตว์ป่าคุ้มครองหรือสัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้ ซากหรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าดังกล่าว ต้องได้รับอนุญาตและการอนุญาตในกรณีของสัตว์ป่าคุ้มครอง หรือซากสัตว์ป่านั้น จะทำได้เฉพาะกรณีที่เป็นการทำเพื่อกิจการสวนสัตว์ของผู้รับใบอนุญาตจัดตั้งและประกอบกิจการ

³⁹ CITES, Article 3.4, 4.5 และ 5.4.

⁴⁰ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562, มาตรา 30.

สวนสัตว์ หรือสวนสัตว์ที่หน่วยงานของรัฐจัดตั้งขึ้นตามหน้าที่ แต่ถ้าเป็นการนำเข้าหรือส่งออกซึ่งซากสัตว์ป่าคุ้มครอง และผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าดังกล่าว เพื่อใช้สอยส่วนตัวตามชนิด ประเภท และจำนวนตามที่มีประกาศกำหนด ก็ไม่จำเป็นต้องได้รับใบอนุญาต

ข. ในการนำเข้าผ่าน มาตรา 25 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ผู้จะนำเข้าผ่านต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ประจำด่านตรวจสัตว์ป่า

(3) กรณีสัตว์ป่าควบคุมซากหรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าควบคุม

ก. ในการนำเข้าหรือส่งออก มาตรา 23 วรรคหนึ่ง กำหนดให้การนำเข้าหรือส่งออกสัตว์ป่าควบคุมซากหรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากของสัตว์ป่าดังกล่าว ต้องได้รับอนุญาต แต่ถ้าเป็นการนำเข้าหรือส่งออกซึ่งซากสัตว์ป่าควบคุม และผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าดังกล่าว เพื่อใช้สอยส่วนตัวตามชนิด ประเภท และจำนวนตามที่มีประกาศกำหนด ก็ไม่จำเป็นต้องได้รับใบอนุญาต

ข. ในการนำเข้าผ่าน มาตรา 25 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ผู้จะนำเข้าผ่านต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ประจำด่านตรวจสัตว์ป่า

(4) กรณีสัตว์ป่าประเภทอื่นที่มีใช้สัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครองและสัตว์ป่าควบคุม

ก. ในการส่งออก มาตรา 24 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ต้องมีใบรับรองการส่งออกตามความต้องการของประเทศปลายทาง

ข. ผู้นำเข้าหรือผู้ส่งออกผู้ใดประสงค์จะได้ใบรับรองการนำเข้าหรือส่งออกซึ่งสัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าดังกล่าว อาจยื่นคำขอรับใบรับรองการนำเข้าหรือส่งออกต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้

4.1.3 บทกำหนดโทษจากการลักลอบค้าสัตว์ป่า

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ได้มีบทกำหนดโทษกรณีความผิดที่เกี่ยวกับการค้าสัตว์ป่าไว้ทั้งในการห้ามการค้าสัตว์ป่าสงวนหรือสัตว์ป่าคุ้มครอง ห้ามการนำเข้าหรือส่งออกสัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครอง หรือสัตว์ป่าควบคุมโดยมิได้รับอนุญาต ดังนี้

1) การค้าสัตว์ป่าคุ้มครองโดยมิได้รับอนุญาต มีโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือการค้าสัตว์ป่าสงวนโดยมิได้รับอนุญาต มีโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่ 300,000 บาท ถึง 1,500,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴¹

⁴¹ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, มาตรา 89.

2) การนำเข้า หรือส่งออกซึ่งสัตว์ป่าสงวน ซาก หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้จากสัตว์ป่าสงวน โดยไม่ได้รับอนุญาต มีโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่ 300,000 บาทถึง 1,500,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴²

3) การนำเข้า หรือส่งออกซึ่งสัตว์ป่าคุ้มครอง สัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้ สัตว์ป่าควบคุม ซาก หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้จากสัตว์ป่าดังกล่าว โดยไม่ได้รับอนุญาต มีโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴³

4) การนำผ่านซึ่งสัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครอง สัตว์ป่าคุ้มครองที่เพาะพันธุ์ได้ สัตว์ป่าควบคุม ซาก หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้จากสัตว์ป่าดังกล่าว โดยไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ประจำด่านตรวจสัตว์ป่า มีโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกิน 400,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴⁴

จากมาตรการในการควบคุมการค้า การนำเข้า การส่งออก และการนำผ่านสัตว์ป่าสงวน สัตว์ป่าคุ้มครอง หรือสัตว์ป่าควบคุม เป็นมาตรการที่กำหนดให้สอดคล้องกับอนุสัญญา CITES ที่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ชนิดพันธุ์สัตว์ป่าโดยกำหนดให้การค้าสัตว์ป่าที่กล่าวถึงข้างต้นต้องได้รับอนุญาตเพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีข้อมูลของจำนวนสัตว์ป่าและสามารถตรวจสอบว่าจำนวนประชากรของสัตว์ป่าชนิดนั้นในธรรมชาติเหลือมากน้อยเพียงใดและถ้าจำเป็นต้องควบคุมเพราะเห็นว่าสัตว์ป่าเหล่านั้นกำลังถูกคุกคามหรือลดจำนวนลงจนอาจใกล้จะสูญพันธุ์ก็สามารถไม่อนุญาตให้มีการค้าสัตว์ป่าชนิดนั้นเพื่อรักษาจำนวนประชากรก็ได้ และเมื่อมีการฝ่าฝืนควรมีบทลงโทษที่เหมาะสม ซึ่งในพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562 มีการแก้ไขบทกำหนดโทษให้ผู้กระทำต้องรับโทษในอัตราที่สูงกว่าฉบับปี พ.ศ.2535 แต่หากพิจารณาถึงสถานะของสัตว์ป่าบางประเภทที่อยู่ในสถานะใกล้จะสูญพันธุ์แต่ความต้องการในการใช้ประโยชน์จากสัตว์ป่าเหล่านั้นยังมีอยู่ การกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำจะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น การทำให้ผู้กระทำความผิดสูญเสียทรัพย์สินและไม่ได้ประโยชน์ใดๆ จากการกระทำความผิดจะเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าได้ โดยคำนึงถึงมูลค่าที่แท้จริงของสัตว์ป่านั้นที่เป็นราคาที่ผู้ซื้อยอมที่จะจ่ายให้ผู้ขายเพราะเป็นราคาที่ผู้ขายได้ประโยชน์จากสัตว์ป่านั้นโดยตรง การกำหนดโทษปรับในการลักลอบค้านอแรดจึงต้องมีค่าปรับสูงกว่าการลักลอบค้างาช้าง และไม่ควรถูกจำกัดจำนวนเงินค่าปรับขั้นสูงไว้ เพราะต้องดูราคาที่แท้จริงประกอบกับความสามารถในการชำระค่าปรับที่ศาลต้องใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษเพื่อปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าอย่างจริงจัง

⁴² พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, มาตรา 89 วรรคสอง.

⁴³ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, มาตรา 93.

⁴⁴ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, มาตรา 94.

นอกจากการลงโทษทางอาญาแล้ว พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ มาตรา 81 (4) ยังให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการยึดหรืออายัดสัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า ผลิตภัณฑ์จาก ซากสัตว์ป่าที่มีการนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้เพื่อประโยชน์ใน การตรวจสอบหรือดำเนินคดีได้ และให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ช่วยเหลือ ดูแล รักษา จำหน่าย ปลอมสู่ธรรมชาติ ส่งคืนถิ่นกำเนิด โอน ทำลาย เอาไว้ใช้ในราชการ หรือจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ สัตว์ป่าที่ยึดนั้นก็ได้ตามมาตรา 86 ส่วนในกรณีของซากสัตว์ป่าหรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่าที่ได้มา จากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 109 กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งริบซากสัตว์ป่า หรือผลิตภัณฑ์จากซากสัตว์ป่านั้นโดยไม่ต้องคำนึงว่าเป็นของผู้กระทำความผิดและมีผู้ถูกลงโทษตาม คำพิพากษาของศาลหรือไม่ และเมื่อมีการริบแล้วจะมีผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 35 กล่าวคือ เมื่อศาลมีคำพิพากษาสั่งให้ริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดให้ทรัพย์สินนั้นตก เป็นของแผ่นดิน

4.2 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่สามารถนำมาบังคับใช้ในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่า ร่วมกับพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ได้เพราะความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้า สัตว์ป่าถือเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กร อาชญากรรมข้ามชาติมาตรา 3 ด้วย เพราะเป็นความผิดร้ายแรงที่เป็นความผิดอาญาที่กฎหมาย กำหนดโทษจำคุกขั้นสูงสุดตั้งแต่สี่ปีขึ้นไปและในการกระทำความผิดฐานเป็นองค์กรอาชญากรรมมี สาระสำคัญ ดังนี้

4.2.1 ความหมายของการกระทำอันมีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้าม ชาติฯ กำหนดให้องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติหมายความว่า คณะบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปที่ร่วมกัน กระทำการใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นกระทำความผิดร้ายแรง เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงิน ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ทางวัตถุอย่างอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และมีการกระทำความผิด ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ

(1) ความผิดที่กระทำในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

(2) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่การเตรียม การวางแผน การสั่งการ การสนับสนุน หรือการควบคุมการกระทำความผิดได้กระทำในอีกรัฐหนึ่ง

(3) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่งแต่เกี่ยวข้องกับองค์การอาชญากรรมที่มีการกระทำ ความผิดมากกว่าหนึ่งรัฐ

(4) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่ผลของการกระทำที่สำคัญเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง⁴⁵

ทั้งนี้ กระบวนการลักลอบค้าสัตว์ป่าจะเริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่ขั้นตอนการล่าสัตว์ป่า ครอบครองในระหว่างรอการขนส่ง และขนส่งสัตว์ป่าไปยังผู้ซื้อปลายทางซึ่งขั้นตอนเหล่านี้ไม่ได้ เกิดขึ้นในรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้นแต่อาจเกิดขึ้นได้หลายรัฐเมื่อมีการค้าสัตว์ป่าข้ามพรมแดน ทำให้เป็น การกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ เช่น การลักลอบนำเข้าหรือส่งออกสัตว์ป่า โดยไม่มีการขออนุญาต หรือการส่งหรือสนับสนุนให้มีการกระทำความผิดจากองค์การ อาชญากรรมข้ามชาติที่มีที่ตั้งนอกรัฐที่พบการกระทำความผิด

4.2.2 ความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติฯ มาตรา 5 กำหนดให้บุคคลที่กระทำการดังต่อไปนี้ ต้องรับผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ

(1) เป็นสมาชิกหรือเป็นเครือข่ายดำเนินงานขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติ

(2) สมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดร้ายแรงอันเกี่ยวข้องกับองค์การ อาชญากรรมข้ามชาติ

(3) มีส่วนร่วมกระทำการใดๆ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในกิจกรรมหรือการ ดำเนินการขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติ โดยรู้ถึงวัตถุประสงค์และการดำเนินกิจกรรม หรือโดยรู้ถึง เจตนาที่จะกระทำความผิดร้ายแรงขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติดังกล่าว

(4) จัดการ ส่งการ ช่วยเหลือ ยุยง อำนาจความสะดวก หรือให้คำปรึกษาในการ กระทำความผิดร้ายแรงขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติ โดยรู้ถึงวัตถุประสงค์และการดำเนิน กิจกรรม หรือโดยรู้ถึงเจตนาที่จะกระทำความผิดร้ายแรงขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติดังกล่าว

นอกจากนี้ บุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดข้างต้น อาจต้องรับผิด ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติฯ เช่นกัน โดยบุคคลที่อยู่ด้วยในขณะกระทำความผิด หรือร่วมประชุมแต่ไม่ได้คัดค้านการกระทำ หรือเป็น หัวหน้า ผู้จัดการ และผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในองค์กรนั้น ต้องรับผิดร่วมกับผู้ผู้ลงมือกระทำความผิด⁴⁶ หรือหากความผิดนั้นกระทำขึ้นโดยบุคคลที่มีตำแหน่งทางการเมือง หรือเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่

⁴⁵ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556, มาตรา 3.

⁴⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556, มาตรา 7.

บุคคลนั้นต้องรับโทษหนักขึ้น⁴⁷ และให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษในราชอาณาจักรไม่ว่าความผิดนั้นจะได้กระทำในหรือนอกราชอาณาจักร⁴⁸

4.2.3 มาตรการในการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงาน

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติฯ กำหนดให้มีการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพราะในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจำเป็นต้องมีความร่วมมือจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งในส่วนของการแบ่งปันข้อมูลข่าวสาร การจับกุม และการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยมีวิธีการให้ความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องออกเป็นสองส่วน คือ การทำข้อตกลงระหว่างหน่วยงานในการประสานความร่วมมือ และการขอความร่วมมือในกรณีจำเป็น

(1) ในการทำข้อตกลงระหว่างหน่วยงานในการประสานความร่วมมือ มาตรา 12 กำหนดให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติและหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องอาจมีการทำข้อตกลงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในคดี ทั้งในส่วนของวิธีปฏิบัติระหว่างหน่วยงานเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา ขอบเขตความรับผิดชอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการสืบสวนและสอบสวนคดีการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดการให้การสนับสนุนของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการการสืบสวนและสอบสวนคดี และเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวนคดี

(2) ในการขอความร่วมมือในกรณีจำเป็นมาตรา 13 กำหนดให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย อาจขอให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐให้ความช่วยเหลือ สนับสนุนหรือเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ได้ตามความจำเป็น

จากการที่ปัญหาการลักลอบค้าสัตว์ป่าไม่ได้มีผลกระทบต่อสัตว์ป่า ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่อาจกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ความมั่นคงด้านเศรษฐกิจ และความมั่นคงของมนุษย์ด้วย⁴⁹ ในการแก้ไขปัญหาจึงจำเป็นต้องมีความร่วมมือจากทุกภาคส่วนโดยเฉพาะระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง การนำมาตรการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานมาใช้

⁴⁷ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556, มาตรา 8 และ 9.

⁴⁸ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556, มาตรา 6.

⁴⁹ Lorraine Elliott, "Transnational Environmental Crime in the Asia Pacific: an "un(der) securitized" security problem" in Rob White (ed.), **Environmental Crime: A Reader** (Portland: Willan Publishing, 2009), pp. 501-503.

จึงเป็นวิธีการที่สำคัญประการหนึ่งที่จะเสริมสร้างความเข้มแข็งในการบังคับใช้กฎหมายทำให้มีการลงโทษผู้ลักลอบค้าสัตว์ป่าได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องนำพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติฯ มาใช้บังคับในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่า เพราะเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562 ทำให้การกระทำความผิดฐานลักลอบค้าสัตว์ป่ามีอัตราโทษจำคุกที่สูงขึ้นถือเป็นความผิดอาญาที่ร้ายแรงประกอบกับมีการกำหนดโทษจำคุกขึ้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไป และมีการกระทำที่เข้าองค์ประกอบของความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติความร่วมมือระหว่างพนักงานอัยการ ตำรวจ เจ้าหน้าที่กรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่าและพันธุ์พืช และเจ้าหน้าที่ศุลกากรจะทำให้การปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

5. แนวทางในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าที่เป็นอาชญากรรมข้ามชาติ

การปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าในประเทศไทยจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายภายในประเทศที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งในการประชุมครั้งที่ 8 ของประเทศภาคีสมาชิกได้ตกลงมอบหมายให้เลขาธิการอนุสัญญา CITES ตรวจสอบกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศสมาชิกว่ามีเนื้อหาครบถ้วนตามหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญา CITES ในประเด็นดังต่อไปนี้

- 1) มีการจัดตั้งหน่วยงานฝ่ายปฏิบัติการ (Management Authority) และหน่วยงานฝ่ายวิชาการ (Scientific Authority) อย่างน้อยหนึ่งหน่วยงาน
- 2) มีการห้ามการค้าชนิดพันธุ์ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของอนุสัญญา
- 3) มีบทลงโทษการค้าที่ฝ่าฝืน
- 4) มีการยึดชนิดพันธุ์ที่มีการค้าหรือการครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย⁵⁰

เลขาธิการอนุสัญญา CITES จึงได้จัดให้มี National Legislation Project ขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือให้ประเทศสมาชิกดำเนินการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับอนุสัญญา CITES และให้ประเทศสมาชิกจัดทำรายงานความสอดคล้องของกฎหมายที่มีกับหลักการในอนุสัญญา CITES มีการจัดแบ่งกลุ่มจากรายงานของประเทศสมาชิกออกเป็นสามกลุ่มโดยพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศว่ามีเนื้อหาครบถ้วนตามหลักการข้างต้นหรือไม่ โดยกลุ่มที่ 1 คือ ประเทศที่มีบทบัญญัติของกฎหมายภายในครบตามหลักการทั้งสี่ข้อ และประเทศไทยก็อยู่ในกลุ่มนี้ กลุ่มที่ 2 คือ ประเทศที่มีบทบัญญัติของกฎหมายภายในหนึ่งถึงสามข้อจากหลักการทั้งสี่ข้อ ส่วนกลุ่มที่ 3 คือ ประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ทั้งสี่ข้อ ซึ่งหลายประเทศในทวีปแอฟริกาที่ถูกจัดอยู่ใน

⁵⁰CITES [Online], available URL: <https://cites.org/eng/res/08/08-04R15.php>, 2018 (June, 20).

กลุ่มที่ 3⁵¹ อีกทั้งยังเป็นประเทศต้นทางที่มีการส่งออกสัตว์ป่าประเภทที่อนุสัญญา CITES ให้ความสำคัญคุ้มครอง เมื่อประเทศเหล่านี้ไม่มีกฎหมายที่เหมาะสมในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่า ทำให้ในการควบคุมการค้าจึงเป็นหน้าที่ของประเทศที่เป็นเส้นทางผ่านและประเทศปลายทางในการที่จะต้องมีการมาตรการทางกฎหมายที่บังคับใช้ภายในประเทศเหล่านั้นไม่ให้มีการลักลอบขนส่งสัตว์ป่าเข้าประเทศโดยไม่ได้รับอนุญาต

สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นทั้งประเทศที่เป็นเส้นทางผ่านในการขนส่งสัตว์ป่าและประเทศปลายทางของการลักลอบค้าสัตว์ป่าและมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการค้าสัตว์ป่า คือ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า ที่มีมาตรการในการควบคุมการค้าสัตว์ป่าโดยไม่ได้รับอนุญาต และมีบทโทษทางอาญากับผู้ฝ่าฝืน ทำให้ในกรณีที่การตรวจพบการนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านโดยไม่ได้รับอนุญาต การดำเนินคดีเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดจะนำพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า มาบังคับใช้ร่วมกับพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2560 เพราะเป็นการนำเข้าของต้องห้ามตามพิธีการทางศุลกากร ทั้งที่ลักษณะของการกระทำความผิดในบางกรณีควรเชื่อได้ว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับองค์ระอาชญากรรมข้ามชาติ เช่น การลักลอบนำเข้าสัตว์ป่า หรือซากสัตว์ป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์และมีมูลค่าสูงเป็นจำนวนมาก เพราะการได้มาซึ่งสัตว์ป่าหรือซากสัตว์ป่านั้นทำได้ยาก การได้มาจึงต้องมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายกลุ่ม มีการกระทำความผิดเป็นขั้นตอน และเป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในหลายพื้นที่ การบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษการนำเข้าหรือส่งออกเป็นหลักจึงไม่อาจปราบปรามการกระทำความผิดฐานลักลอบค้าสัตว์ป่าได้อย่างเด็ดขาด เพราะกลุ่มผู้กระทำความผิดยังคงกระทำความผิดอยู่ตรงใดที่ผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิดเป็นจำนวนเงินที่สูง คมค่าความเสี่ยงแม้จะมีการจับกุมผู้กระทำความผิดบางคนแต่เมื่อผู้ร่วมเครือข่ายคนอื่นยังอยู่ การลักลอบค้าสัตว์ป่าก็ยังคงดำเนินการอย่างต่อเนื่อง ประกอบกับเป็นอาชญากรรมที่ประชาคมระหว่างประเทศมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่าเป็นอาชญากรรมที่มีผลประโยชน์และความร้ายแรงในระดับที่ไม่แตกต่างจากการค้ายาเสพติด หรือค้ายมนุษย์ เพราะจำนวนการลักลอบล่าและค้าสัตว์ป่าที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว มีการใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยมากขึ้น และมีการนำทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดนั้นไปใช้ในการสนับสนุนการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายด้านอื่น⁵²

⁵¹CITES National Legislation Project [Online], available URL: https://cites.org/sites/default/files/eng/prog/Legislation/CITES_national_legislative_status_table-september-2018.pdf, 2018 (June, 20).

⁵²จากรายงานของ United Nations Office on Drugs and Crime พบว่า เงินหมุนเวียนที่ได้จากการลักลอบค้าสัตว์ป่าในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงและแปซิฟิกมีมูลค่าสูงถึง 2,500 ล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี ในขณะที่ยาเสพติดประเภทเมทแอมเฟตามีนมีมูลค่า 15,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี ส่วนการค้ามนุษย์มีมูลค่าเพียง 1,500 ล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี โปรดดู UNODC, Transnational Organized Crime in East Asia and the Pacific: A Threat Assessment, April 2013, p. 2.

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายจึงต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของอาชญากรรม และผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าวมาใช้ประกอบการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดฐานลักลอบค้าสัตว์ป่า และนำมาตรการทางกฎหมายที่มีมาปรับใช้อย่างเหมาะสม ดังเช่น

มาตรการควบคุมการค้าด้วยวิธีการลงโทษทางอาญากับผู้ที่ฝ่าฝืนตามที่กำหนดในอนุสัญญา CITES ซึ่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ในกรณีที่มีการค่านำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่การกำหนดสัดส่วนการลงโทษปรับอาจไม่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดโดยควรมีการแก้ไขอัตราโทษปรับให้คำนึงถึงราคาที่เป็นจริงของสัตว์ป่าหรือซากสัตว์ป่าประกอบ เช่น กรณีสัตว์ป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์ที่มีราคาในตลาดมืดสูงทำให้ผลประโยชน์ที่ผู้ลักลอบค้าสัตว์ป่าจะได้รับจึงมีราคาสูงตามไปด้วย หากลักลอบค้าสัตว์ป่าสำเร็จ การกำหนดโทษปรับจึงต้องเป็นไปตามสัดส่วนที่เหมาะสมของความร้ายแรง ราคา และผลประโยชน์ที่พึงได้รับ การกำหนดอัตราโทษปรับขั้นสูงไว้จะทำให้การลงโทษไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่จะปราบปรามการกระทำความผิด เพราะผู้กระทำความผิดยังเห็นว่าผลประโยชน์ที่ได้รับยังคุ้มค่าที่จะกระทำ ในขณะเดียวกันหากเปรียบเทียบราคาจำหน่ายช้างกับนอแรดจะพบว่า มีราคาที่แตกต่างกันมากพอสมควรโดยงาช้างจะมีราคาจำหน่ายในตลาดมืดประมาณ 1,000 เหรียญสหรัฐต่อกิโลกรัม ในขณะที่นอแรดมีราคาจำหน่ายในตลาดมืดประมาณ 177,000 เหรียญสหรัฐต่อกิโลกรัม⁵³ แต่โทษปรับจากการลักลอบค้าช้างตามพระราชบัญญัติฯ พ.ศ.2558 มาตรา 13 คือ ปรับไม่เกิน 6,000,000 บาท ในขณะที่การลักลอบค้านอแรดเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562 ที่มีโทษปรับขั้นสูงสุดไม่เกิน 1,500,000 บาท จึงเป็นการกำหนดอัตราโทษปรับที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับจำนวนประชากรของแรดก็มีจำนวนลดน้อยลงถึงขนาดที่ IUCN Red List จัดให้อยู่ในสถานะวิกฤติว่าใกล้จะสูญพันธุ์ (critically endangered)⁵⁴ ในขณะที่ช้างเอเชียถูกจัดให้อยู่ในสถานะที่ใกล้จะสูญพันธุ์ (endangered) เท่านั้น⁵⁵ การกำหนดโทษปรับจึงควรเปิดกว้างให้เป็นดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดโทษปรับโดยในการพิจารณาศาลต้องคำนึงถึงทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่ใกล้ชิดประกอบการกำหนดโทษและต้องเปิดโอกาสให้สามารถพิสูจน์ถึงการได้มาของทรัพย์สินดังกล่าวด้วย และควรนำหลักการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์ในการทำให้ผู้กระทำความผิด

⁵³ Australia Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement: Inquiry into the trade in elephant ivory and rhinoceros horn, September 2018, pp.9-13.

⁵⁴ IUCN Red List [Online], available URL: <https://www.iucnredlist.org/search?query=rhino&searchType=species>, 2019 (April, 20).

⁵⁵ IUCN Red List [Online], available URL: <https://www.iucnredlist.org/search?query=Elephants&searchType=species>, 2019 (April, 20).

ไม่มีสิทธิจะได้รับผลประโยชน์ใดๆ จากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเลย ซึ่งรวมถึงผลประโยชน์ที่เชื่อว่าได้รับจากการกระทำครั้งก่อนที่ไม่ถูกจับกุมด้วยเช่นกัน

มาตรการตามที่ปรากฏในอนุสัญญา UNTOC เป็นมาตรการทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าได้เช่นกัน ในส่วนของการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้จากการประสานความร่วมมือทั้งแบบที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการเพื่อให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายสามารถเข้าถึงข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เช่นการเข้าถึงและการแบ่งปันข้อมูลจากฐานข้อมูลของ INTERPOL ที่มีรายละเอียดของกลุ่มอาชญากรรมถึงรูปแบบและวิธีการกระทำความผิด⁵⁶ การใช้ข่าวกรองเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและจับกุมผู้กระทำความผิด การประสานความร่วมมือเพื่อสืบหาเส้นทางการลักลอบค้าสัตว์ป่า หรือการสืบหาทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด นอกจากนี้ยังมีการประสานความร่วมมือที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันเทคโนโลยีหรือความรู้ต่างๆ เพื่อใช้ในการป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่า เช่น การใช้เทคโนโลยีในการตรวจ DNA เพื่อบ่งชี้ว่าเป็นสัตว์ป่าหรือซากสัตว์ป่าที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย หรือการแบ่งปันความรู้ให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายในเทคนิคการสืบสวนสอบสวนเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่จะใช้ประกอบการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ประเทศไทยได้นำหลักการในอนุสัญญา UNTOC มาบังคับปรากฏในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติฯ ที่มีมาตรการในการปราบปรามการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ และความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักลอบค้าสัตว์ป่าก็เป็นความผิดร้ายแรงตามที่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติฯ กำหนด หากหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายตระหนักถึงความร้ายแรงและความจำเป็นในการปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่า กฎหมายฉบับนี้จะเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการสืบสวนสอบสวนให้พบการกระทำความผิดที่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษได้ โดยการนำมาตรการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย การปฏิบัติการสืบสวนสอบสวน การยึดอายัดทรัพย์สิน การใช้อุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์ในการสืบสวน จับกุม หรือแสวงหาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด และความร่วมมือจากผู้ต้องหาที่เป็นประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน เป็นต้นมาใช้บังคับ และจากมาตรการที่กล่าวมาจะทำให้การสืบสวนสอบสวนนั้นได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่เพียงพอในการดำเนินคดีกับหัวหน้าหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้ เช่น ในกรณีการลักลอบนำเข้านอแรดจำนวน 21 ชิ้น หนัก 49.4 กิโลกรัม มูลค่า 49,400,000 บาท ผ่านสนามบินสุวรรณภูมิ

⁵⁶INTERPOL [Online], available URL: <https://www.interpol.int/How-we-work/Databases/Our-17-databases>, 2018 (June, 20).

โดยเจ้าหน้าที่ระดับสูง⁵⁷ ซึ่งเป็นการนำเข้าขนอแรตจำนวนมากจากประเทศเอธิโอเปียและน่าจะมีการทำเป็นเครือข่าย เพราะเป็นการนำเข้าในจำนวนมากและหากสามารถขนส่งไปถึงผู้ซื้อในตลาดมืดได้ก็จะทำให้ราคาดังกล่าวเพิ่มขึ้นอีก ซึ่งในขณะที่มีการดำเนินคดีนี้หากหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายสามารถเชื่อมโยงไปยังเครือข่ายที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดหรือมีพยานหลักฐานที่เชื่อได้ว่าเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติก็สามารถนำพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติฯ มาใช้บังคับในการฟ้องคดีและจะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะมาตรา 25 กำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปีถึง 15 ปี หรือปรับตั้งแต่ 80,000 บาทถึง 300,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และยังสามารถทำการสืบสวนสอบสวนโดยใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติฯ เพื่อให้ได้มาซึ่งผู้มีส่วนร่วมในเครือข่ายอาชญากรรมทั้งหมด และจะทำให้การป้องกันและปราบปรามการลักลอบค้าสัตว์ป่าที่เป็นปัญหาร้ายแรงในปัจจุบันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

⁵⁷ สั่งจำคุกอ่วม 2 สาวไทย-รองอัยการ ลอบขนอแรต 49 ล้าน เข้าไทย [Online], available URL: https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_1850415, 2019 (April, 20).

บรรณานุกรม

- ทรงธรรม สุขสว่าง และทวี หนูทอง. **ศาสตร์และศิลป์การจัดการทรัพยากรสัตว์ป่าในพื้นที่คุ้มครอง กรุงเทพมหานคร: กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช**, 2560.
- Abotsi, Kofi Ernest. Paolo Galizzi, AlenaKerklotz, “Wildlife Crime and Degradation in Africa: An Analysis of the Current Crisis and Prospects for Secure Future.” 27Fordham Env'tl. Law Rev. (Spring 2016): 394-440.
- Alexandre, Kiss and Dinah Shelton. **International Environmental Law**, 3rd ed. UNEP, 2003.
- Asner, Marcus A. “To Catch a Wildlife Thief: Strategies and Suggestions for the Fight Against Illegal Wildlife Trafficking.” 12 U. Pa. Asian L. Rev. Fall, 2016, 1-20
- Campbell, Liz. **Organised Crime and the Law: A Comparative Analysis**. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Elliott, Lorraine. “Transnational Environmental Crime in the Asia Pacific: an ‘un(der) securitized’ security problem” in **Rob White (ed.), Environmental Crime: A Reader**. Portland: Willan Publishing, 2009.
- Lohanan, R. “The elephant situation in Thailand and a plea for co-operation.” in Iljas Baker and MasakasuKashio (ed.), *Giants on Our Hands*, Proceedings of the International Workshop on the Domesticated Asian Elephant, UN Food and Agricultural Office (FAO), 2002.
- Maethinee Phassaraudomsak and Kanitha Krishnasamy, *TRADING FACES A Rapid Assessment on the use of Facebook to trade wildlife in Thailand*, TRAFFIC, September 2018.
- Milliken, T. and Shaw, J., **The South Africa – Viet Nam Rhino Horn Trade Nexus: A deadly combination of institutional lapses, corrupt wildlife industry professionals and Asian crime syndicates**. Johannesburg: TRAFFIC, South Africa, 2012.
- CITES [Online]. Available URL: <https://cites.org/eng/disc/what.php>, 2018 (June, 20).
- ICCWC [Online]. Available URL: <https://cites.org/eng/prog/iccwc.php>, 2018 (June, 20).
- CITES [Online]. Available URL: <https://cites.org/eng/res/08/08-04R15.php>, 2018 (June, 20).

- CITES National Legislation Project, [Online]. Available URL: https://cites.org/sites/default/files/eng/prog/Legislation/CITE_national_legislative_status_table-september-2018.pdf, 2018 (June, 20).
- UNTOC [Online]. Available URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=ND&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en, 2018 (June, 20).
- Chair's Summary of Roundtable on Combating Transnational Organized Wildlife and Forest Crime for Ministers and High-Level Representatives [Online]. Available URL: <https://www.cites.org/sites/default/files/eng/cop/16/inf/E-CoP16i-54.pdf>, 2018 (June, 20).
- CITES [Online]. Available URL: <https://www.cites.org/eng/app/appendices.php>, 2018 (June, 20).
- CITES Article II [Online]. Available URL: <https://www.cites.org/eng/disc/text.php#III>, 2018 (June, 20).
- London Conference on the Illegal Wildlife Trade [Online]. Available URL: <https://www.gov.uk/government/publications/declaration-london-conference-on-the-illegal-wildlife-trade-2018/london-conference-on-the-illegal-wildlife-trade-october-2018-declaration>, 2019 (March, 8).
- INTERPOL [Online]. Available URL: <https://www.interpol.int/How-we-work/Databases/Our-17-databases>, 2019 (March, 8).
- IUCN [Online]. Available URL: <https://www.iucnredlist.org/about/background-history>, 2019 (March, 8).
- Kaziranga National Park [Online]. Available URL: <https://www.kaziranga-national-park.com/blog/rhino-poaching-crisis-conservation-assam/>, 2019 (March, 8).
- The Guardian Newspaper [Online]. Available URL: <https://www.theguardian.com/environment/2012/dec/12/wildlife-trafficking-national-security-wwf>, 2019 (March, 8).
- UNTOC [Online]. Available URL: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, 2018 (June, 20).
- UN Secretary General [Online]. Available URL: https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/12_commission/8e.pdf, 2018 (June, 20).
- Reichel, Philip and Jay Albanese. (ed.). **Handbook of Transnational Crime and Justice** 2nd ed. California: SAGE Publications, 2014.

TRAFFIC, What's Driving the Wildlife Trade? A Review of Expert Opinion on Economic and Social Drivers of the Wildlife Trade and Trade Control Efforts in Cambodia, Indonesia, Lao PDR and Vietnam, East Asia and Pacific Region Sustainable Development Discussions Papers, The World Bank, Washington DC, 2008.

UNODC. **Criminal Justice Response to Wildlife Crime in Thailand: A Rapid Assessment.** Bangkok: UNODC, 2013.

UNODC. **Transnational Organized Crime in East Asia and the Pacific: A Threat Assessment.** Bangkok: UNODC, 2013.

vanUhm, Daan P. "Corruption Within the Illegal Wildlife Trade: A Symbiotic and Antithetical Enterprise." **Br. J. Criminal** 58 (4) (2018): 864-885.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอสังหาริมทรัพย์

กมลลา บัวยังยืน

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะ* Legal Problems Concerning Smart Contracts

กมลลา บัวยังยืน**
Kamala Buayangyuen

บทคัดย่อ

สัญญาอัจฉริยะเป็นการนำเงื่อนไขหรือข้อตกลงของสัญญามาเข้ารหัสเพื่อให้มีการดำเนินการตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงของสัญญานั้น โดยอัตโนมัติเมื่อคู่สัญญากระทำการอย่างใดตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ได้กำหนดไว้ และจึงนำไปยังเทคโนโลยีบล็อกเชนซึ่งเป็นเครือข่ายการกระจายศูนย์ที่ไม่มีตัวกลางในการทำธุรกรรมหรือสัญญา ทำให้ยากแก่การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลง นอกจากนี้ยังช่วยลดขั้นตอนการทำสัญญา ลดปัญหาหรือข้อผิดพลาดในการทำสัญญาที่เกิดจากมนุษย์ได้ ซึ่งมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าสัญญาอัจฉริยะนั้นอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปตามพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 หรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะ ทำให้ประเทศไทยยังขาดความชัดเจนในการรับรองการทำสัญญาอัจฉริยะ ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะว่าสามารถบังคับใช้ตามกฎหมายไทยได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นสมควรให้ประเทศไทยดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อรับรองการทำสัญญาอัจฉริยะให้มีความชัดเจนมากขึ้น

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะ ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส.

The article is a part of thesis “Legal Problems concerning Smart Contracts”. This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at Thammasat University. Associate Professor Dr.Pinai Nanakorn is an advisor. Professor Dr.Saowanee Asawaroj and Assistant Professor Dr.Kittiwat Chunchaemsai are examiners.

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: kpor@windowslive.com.

LL.M. Candidate in International Trade Law, Faculty of Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 8 มีนาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 28 พฤษภาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 5 มิถุนายน 2562.

Abstract

A “smart contract” is one in which the terms and conditions of the contract are computerized and will be automatically be executed once those terms and conditions are met. The computerized code will then be stored using block chain technology, which is a decentralized network without third parties’ involvement. This will make it harder to amend or change the terms of the contract. The automated system of smart contract will automatically, correctly, credibly, and effectively facilitate the agreed parties in processing the transaction. Moreover, it helps reduce the number of steps, problems, or human errors that may occur when making the contract. There is still the problem of whether or not the smart contract is under the control of the provisions that are enforced on normal electronic contracts, since there is no clear provision for the smart contract in the Electronic Transactions Act B.E.2544. Therefore, it is deemed appropriate to solve these problems by amending the Electronic Transactions Act in order to promote the creation of smart contracts in the private sector and improve the efficiency of smart contracts.

คำสำคัญ: สัญญาอัจฉริยะ, บล็อกเชน, สัญญาอิเล็กทรอนิกส์

Keywords: smart contract, blockchain, electronic contract

1. บทนำ

เทคโนโลยีเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตประจำวันของมนุษย์มากมายในปัจจุบัน ทั้งเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวก ประหยัดเวลา แรงงานและค่าใช้จ่าย เป็นแหล่งความบันเทิง ติดต่อสื่อสารที่ง่ายขึ้น และใช้ตรวจสอบหรือค้นหาข้อมูลได้อย่างแม่นยำและรวดเร็ว ไม่เพียงแต่การใช้เครื่องจักรเท่านั้น และยังรวมไปถึงการปฏิบัติหรือการดำเนินการใด ที่ใช้ความรู้ วิธีการ หรือเทคนิคทางวิทยาศาสตร์ในการดำเนินการสิ่งหนึ่งสิ่งใดให้สำเร็จโดยไม่จำเป็นต้องมีมนุษย์เข้าไปจัดการ เช่น ระบบคอมพิวเตอร์ปัญญาประดิษฐ์ ฯลฯ และเทคโนโลยี ซึ่งกำลังเป็นที่จับตามองในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ได้แก่ บล็อกเชน (Blockchain)¹ และสกุลเงินคริปโต (Cryptocurrency)²

บล็อกเชน คือ ระบบเครือข่ายในการเก็บข้อมูลหรือบัญชีธุรกรรมออนไลน์แบบหนึ่ง โดยมีลักษณะเป็นการกระจาย ซึ่งมีหน้าที่เก็บสถิติหรือประวัติการทำธุรกรรมทางการเงินและสินทรัพย์ชนิดอื่นทั้งในปัจจุบันและอนาคตโดยไม่มีตัวกลาง หรือ คนในเครือข่ายซึ่งเรียกว่า โหนด (Node) เป็นตัวกลางในการบันทึกข้อมูล ประวัติทางธุรกรรมต่างๆ จึงเรียกว่า การกระจายศูนย์ (Decentralized)³ เช่น การทำธุรกรรมโดยใช้บิตคอยน์ กล่าวคือ ทุกโหนดบนบล็อกเชนจะมีการตรวจสอบว่าการทำธุรกรรมนั้นมีความน่าเชื่อถือหรือไม่ ก่อนที่จะดำเนินการให้มีการทำธุรกรรมและบันทึกประวัติดังกล่าวไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์แต่ละโหนดต่อไป การใช้บล็อกเชนนั่น ทำให้การทำธุรกรรมมีต้นทุนที่ถูกลง และอาจจะส่งผลให้สถาบันการเงินที่เป็นตัวกลาง รวมไปถึงสำนักชำระบัญชีต่างไม่จำเป็นอีกต่อไป หากเทคโนโลยีนี้เข้ามาแทนที่ได้อย่างสมบูรณ์

¹พิเศษ เสตเสถียร, กฎหมาย Blockchain [Online], available URL: <https://thaipublica.org/2016/11/pises-blockchain/>, 2559 (พฤศจิกายน, 23).

²Beam, Cryptocurrency คืออะไร และคุณควรที่จะลงทุนกับมันหรือไม่ [Online], available URL: <https://siamblockchain.com/2018/03/11/cryptocurrency-%E0%B8%84%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%AD%E0%B8%B0%E0%B9%84%E0%B8%A3/>, 2561 (มีนาคม, 11).

³ปัจจุบันยังใช้การรวมศูนย์กลาง หรือการที่มีศูนย์กลางในการควบคุมและจัดการ หากเกิดปัญหาขึ้นกับศูนย์กลางอาจทำให้ระบบทั้งหมดล่มและใช้การไม่ได้ การกระจายศูนย์ หรือการไม่มีศูนย์กลางจึงมาแก้ปัญหาการล่มของการรวมศูนย์กลางไว้เพียงอันเดียว.

นอกจากธุรกรรมทางการเงิน บล็อกเชนอาจนำไปใช้ในงานอื่น เช่น การเก็บสถิติการเลือกตั้ง ให้มีความโปร่งใสมากขึ้น การให้ยืมแหล่งเก็บข้อมูลบนก้อนเมฆ (Cloud Storage)⁴ ระหว่างกัน, ระบบ Peer to Peer ฯลฯ ธนาคารก็เริ่มมีการตัดสินใจลงทุนในการทำบล็อกเชนมากขึ้น เช่น เหล่าสถาบันการเงินอย่างธนาคาร Citibank ตลาดหลักทรัพย์ NASDAQ รวมไปถึงบริษัท VISA ได้ลงทุนในบริษัทบล็อกเชนชั้นนำอย่าง Chain.com⁵ เพื่อแนวทางรักษาตลาดเทคโนโลยีนี้เช่นกัน

2. แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับระบบบล็อกเชน

บล็อกเชนเป็นเทคโนโลยีซอฟต์แวร์แบบเพียร์ทูเพียร์ (Peer-to-Peer : P2P) กล่าวคือ เป็นซอฟต์แวร์ซึ่งเชื่อมต่อระหว่างเครือข่ายโดยตรง ระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วยกันโดยไม่มีคนกลางที่ปกป้องข้อมูล โดยที่ไม่อนุญาตให้ใครปลอมหรือเปลี่ยนได้ ซึ่งในช่วงแรกบล็อกเชนถูกคิดค้นขึ้นเพื่อใช้ในการสร้างสกุลเงินคริปโตต่างๆ รวมถึง บิทคอยน์ และใช้ในการทำธุรกรรม โอนเงินคริปโต ในอนาคตบล็อกเชนจะมีบริการลายเซ็นออนไลน์ หุ่น เพลง หรือศิลปะต่างๆ ระบบลงคะแนน และแอปพลิเคชันอื่นๆ อีกมากมาย

และ สกุลเงินคริปโต (Cryptocurrency) คือ สกุลเงินดิจิทัลที่ออกแบบมาให้มีการเข้ารหัสมาจากคำว่า Cryptography ซึ่งแปลว่า วิทยาการเข้ารหัสลับและ Currency แปลว่า สกุลเงิน จึงรวมกันเป็นสกุลเงินที่ถูกเข้ารหัส เช่น Bitcoin (BTH), Ether (ETH), Litecoin (LTC), Ripple (XRP), etc. ซึ่งทำงานอยู่บนเทคโนโลยีบล็อกเชนที่ถูกออกแบบมาให้เข้ารหัสและถูกกระจายออกไปในส่วนอื่น โดยไม่มีการควบคุมจากตัวกลาง มีการบันทึกข้อมูลแบบรายการเดินบัญชี (Distributed Ledger)⁶ คือ ข้อมูลจะมีการเชื่อมโยงและอัปเดตกันทุกโหนด (Node)⁷ หรือคอมพิวเตอร์ในเครือข่าย โดยจะสร้างเป็นกล่อง หรือ Block เพื่อบันทึกเป็นรูปแบบห่วงโซ่ และ บิทคอยน์ (Bitcoin) เป็นเงิน คริปโตชนิดแรกของสกุลเงินคริปโตนี้ และจากความสำเร็จของ Bitcoin ทำให้เกิดสกุลเงินคริปโตต่างๆ อีก

⁴เป็นแหล่งเก็บข้อมูลบนก้อนเมฆ หรือเว็บฝากไฟล์ โดยไม่ต้องกลัวข้อมูลสูญหายหรือถูกโจรกรรมสามารถกำหนดให้เป็นแบบส่วนตัวหรือสาธารณะก็ได้ เข้าถึงข้อมูลได้ทุกที่ทุกเวลาทุกอุปกรณ์ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต มีพื้นที่ใช้สอยมาก ประหยัดค่าใช้จ่ายจากการซื้อ Flash Drive หรือ Memory Card ฯลฯ แต่ต้องเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตที่ค่อนข้างเสถียรและไม่สามารถถ่ายโอนไฟล์ขนาดใหญ่ได้เนื่องจากความเร็วอินเทอร์เน็ตไม่เพียงพอ เป็นต้น.

⁵[Online], available URL:<https://chain.com.>, 2561 (มีนาคม, 11).

⁶JK, CFP., ทำความรู้จัก บล็อกเชน (Blockchain) ว่าคืออะไร ปลอดภัยแค่ไหน [Online], available URL:<https://rabbitfinance.com/blog/what-is-blockchain-technology.>, 2561 (มีนาคม, 11).

⁷คือบุคคลทั่วไปที่นำคอมพิวเตอร์เข้ามาอยู่ในเครือข่ายระบบบล็อกเชน.

มากมายดังที่ได้ยกตัวอย่างไปข้างต้น การมีบิทคอยน์และบล็อกเชนนั้น ทำให้มีการแลกเปลี่ยนเงินตราคริปโตแบบมือถึงมือหรือบุคคลถึงบุคคล (Peer-to-peer) กล่าวคือ ผู้จ่ายและผู้รับสามารถทำธุรกรรมทางการเงินโดยผ่านระบบเงินตราที่เข้ารหัส หรือ Cryptocurrency ซึ่งบุคคลทั้งสองฝ่ายต่างมีกุญแจที่ใช้ในการถอดรหัสและเข้ารหัสโดยเฉพาะ เรียกว่า การเข้ารหัสกุญแจสาธารณะ (Public key infrastructure : PKI) หรือ เทคโนโลยีการเข้ารหัสแบบกุญแจสาธารณะ (Public key cryptography)⁸ ซึ่งเป็นการเข้ารหัสแบบอสมมาตร (Asymmetric key cryptography) เปรียบเสมือนกับลายมือชื่อของบุคคลนั้นๆ เพื่อให้ไหนดในเครือข่ายสามารถตรวจสอบว่าเป็นลายมือชื่อที่แท้จริงหรือไม่ โดยใช้ระบบกุญแจคู่ (Key pair) ประกอบไปด้วยกุญแจ 2 ดอก คือ กุญแจสาธารณะ (Public key) เป็นรหัสที่สร้างโดยคอมพิวเตอร์เป็นกุญแจที่สามารถให้บุคคลภายนอกใช้ได้ และมีบัญชีดิจิทัลซึ่งใช้เป็น Address สำหรับส่ง-รับข้อมูลหรือรับ-โอนเงินดิจิทัลและกุญแจส่วนตัว (Private key) เป็นรหัสผ่านในการเข้าถึงข้อมูล สินทรัพย์ดิจิทัลหรือรับเงินจากบุคคลอื่นที่ส่งมาได้ กุญแจส่วนตัวนี้จึงห้ามไม่ให้บุคคลอื่นรู้นอกจากตัวเจ้าของเท่านั้น ซึ่งบุคคลหนึ่งจะได้รับกุญแจ 2 ดอก เพื่อระบุตัวตนของเจ้าของและมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลนั้นได้โดยใช้กุญแจเข้ารหัสแต่เพียงผู้เดียว

ตัวอย่างเช่น นาย A ต้องการส่งเงินไปที่บัญชีดิจิทัล (Digital Wallet) ของนาย B บิทคอยน์บนบล็อกเชน นาย A ต้องทำการขอกุญแจสาธารณะของนาย B เพื่อใช้ในการเข้ารหัส เมื่อนาย B ส่งกุญแจสาธารณะมาให้แล้ว การโอนเงินดังกล่าวจะถูกแปลงเป็นค่าแฮชและเข้ารหัสโดยใช้กุญแจสาธารณะของ B แล้วส่งไปยัง B ผู้รับ และ B สามารถตรวจสอบว่าเป็นข้อมูลที่ถูกต้องและส่งจาก A จริงได้โดยนำกุญแจส่วนตัวของ B มาถอดรหัสที่ถูกเข้ารหัสด้วยกุญแจสาธารณะของ B และภายหลังถอดรหัสแล้วได้ค่าแฮชที่ตรงกันกับข้อมูลเดิม ข้อมูลจึงถูกต้องและจึงนำไปสู่การดำเนินการต่อไปจนเสร็จสิ้นการโอน บล็อกเชนก็จะบันทึกประวัติการโอนและนำไปยังเครือข่ายอื่น เพื่อเป็นการกระจายศูนย์และป้องกันการเปลี่ยนแปลง¹⁰

⁸เป็นหนึ่งในฟังก์ชัน (Function) ของบล็อกเชนซึ่งคอมพิวเตอร์จะทำการดำเนินการเองโดยใช้การเข้ารหัสที่คอมพิวเตอร์สามารถเข้าใจได้ ระบบกุญแจคู่จึงทำงานอยู่บนบล็อกเชนในการตรวจสอบความมีตัวตนของผู้ใช้.

⁹หากเป็นกรณีระบบปิด (Closed System) ที่ทั้ง 2 ฝ่ายเคยติดต่อกันมาก่อน อาจส่งกุญแจสาธารณะเพื่อตรวจสอบข้อมูลและยืนยันตัวได้เพราะมีความคุ้นเคยกัน แต่หากเป็นระบบเปิด (Open System) ที่ทั้ง 2 ฝ่ายไม่เคยติดต่อกันมาก่อน การส่งกุญแจสาธารณะไปจึงถือว่าเป็นการยืนยันตัวเช่นกันหรือโดยวิธีการออกใบรับรองดิจิทัล (Digital Certificate) ซึ่งเป็นใบรับรองที่บอกถึงบุคคลหรือหน่วยงานใดว่าเป็นเจ้าของกุญแจสาธารณะ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวได้รับการรับรองโดยหน่วยงานผู้ออกใบรับรองเรียกว่า องค์กรออกใบรับรอง (Certificate Authority : CA) อันเป็นบุคคลที่ 3 ที่จะแก้ปัญหาระบบเปิดที่ทั้ง 2 ฝ่ายต่างไม่รู้จัก หรือติดต่อกันมาก่อน.

¹⁰โครงสร้างการเข้ารหัสข้อมูลแบบกุญแจสาธารณะ (Public Key Infrastructure) [Online], available URL: <https://na5cent.blogspot.com/2012/04/public-key-infrastructure.html>, 2555 (เมษายน, 3).

เทคโนโลยีการเข้ารหัสกุญแจคู่จึงเป็นเทคโนโลยีที่ช่วยในการยืนยันลายมือชื่อเพื่อยืนยันว่าลายมือชื่อเป็นของผู้ส่งจริงและข้อมูลที่ถูส่งมาไม่มีการเปลี่ยนแปลงในระหว่างที่ข้อมูลกำลังส่งหรือถูกส่งโดยบุคคลอื่น ข้อมูลที่ถูกแปลงค่าเป็นค่าแฮชและถูกเข้ารหัสโดยใช้กุญแจสาธารณะเป็นผูส่งลายมือชื่อดิจิทัลและถือว่าเป็นข้อมูลที่ถูส่งลายมือชื่อดิจิทัล (Digital Signed Data) และให้ผู้รับสามารถใช้กุญแจส่วนตัวในการตรวจสอบโดยการถอดรหัสจากกุญแจสาธารณะ หากถอดรหัสแล้วมีค่าเท่ากับค่าแฮชที่ก่อนจะเข้ารหัสโดยกุญแจสาธารณะ ข้อมูลที่ถูส่งมาจึงมีความถูกต้อง ไม่มีการเปลี่ยนแปลงระหว่างทางที่กำลังส่ง และเนื่องจากกุญแจสาธารณะมีความสัมพันธ์เชิงคณิตศาสตร์ (Mathematical Algorithm) กับกุญแจส่วนตัว การถอดรหัสแล้วได้ค่าเท่ากับค่าเดิมของข้อมูลเดิม การตรวจสอบดังกล่าวจึงเป็นการยืนยันตัวตนของผู้ส่งว่าเป็นตัวผู้ส่งเองที่ส่งข้อมูลมา ไม่ใช่บุคคลภายนอกเป็นผู้อ้างตัวว่าเป็นผู้ส่ง¹¹

บล็อกเชนมีการพัฒนาให้มีความสามารถและมีความรวดเร็วในการดำเนินการมากขึ้นเรื่อยๆ โดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 ยุค¹² ดังนี้

2.1 บล็อกเชน 1.0

เป็นยุคแรกของเทคโนโลยีบล็อกเชนซึ่งบิทคอยน์เป็นต้นกำเนิดของการประยุกต์ใช้บล็อกเชนโดยสกุลเงินบิทคอยน์นั้นทำงานอยู่บนเทคโนโลยี บล็อกเชนซึ่งมีการทำงานเป็นการกระจายศูนย์ และมีความปลอดภัยสูง และการนำเอาบล็อกเชนมาใช้ในการดำเนินธุรกรรมต่างๆ ของบิทคอยน์ ทำให้การทำธุรกรรมนั้นมีความน่าเชื่อถือและยากที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงประวัติการทำธุรกรรมบนบล็อกเชน จึงทำให้ผู้คนจำนวนมากสนใจนำเทคโนโลยีนี้มาปรับใช้กับสิ่งต่างๆ

2.2 บล็อกเชน 2.0

เมื่อบล็อกเชน 1.0 ประสบความสำเร็จในการควบคุมดูแลสกุลเงินคริปโตและมีคนนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้ในการเป็นสัญญาระหว่างกัน หรือข้อมูลธุรกรรมต่างๆ จึงมีการเกิดของอีเธเรียม (Ethereum) ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มของบล็อกเชนที่ไม่ใช่เพียงแค่การโอนเงินเท่านั้น แต่เป็นการทำสัญญาอัตโนมัติจะสำเร็จเมื่อมีการทำตามเงื่อนไข เรียกว่า สัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract)¹³

¹¹พินัย ญ นคร, กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในยุคดิจิทัล (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 249-263.

¹²Blockchain, Fish Team, ยุคของ Blockchain [Online], available URL: <https://blockchain.fish/age-blockchain/>, 2559 (กันยายน, 5).

¹³ปัจจุบันอยู่ในบล็อกเชนยุค 2.0 สัญญาอัจฉริยะจึงยังไม่มีความสามารถในการทำสัญญาที่ซับซ้อนมากได้ ต้องรอการพัฒนาในยุคต่อไปในอนาคต.

เป็นยุคในอนาคตที่ต่างประเทศได้ทำนายไว้ต่อไปถึงยุคต่อไปของ บล็อกเชน ซึ่งในยุคต่อไปนั้นจะเป็นยุคที่บล็อกเชนสามารถเข้าถึงมนุษย์ทุกคนได้ โดยใช้ร่วมกันกับอินเทอร์เน็ตของทุกสรรพสิ่ง (Internet of Things: IoT) บล็อกเชนจะถูกทำให้ง่ายขึ้นและระบบคอมพิวเตอร์ของทุกแอปพลิเคชัน (Application) ที่ใช้เชื่อมต่ออยู่บนโลกบล็อกเชนนั้นจะทำให้โลกออนไลน์น่าเชื่อถือยิ่งขึ้นเมื่อเทียบกับที่ใช้งานอยู่ในปัจจุบัน เช่น นำอินเทอร์เน็ตของทุกสรรพสิ่งมาใช้ในการติดตามสินค้าที่ทำสัญญาอัจฉริยะ เมื่ออินเทอร์เน็ตของทุกสรรพสิ่งแจ้งเตือนว่าสินค้าไปถึงผู้ซื้อแล้ว สัญญาอัจฉริยะจะดำเนินการโอนเงินในบัญชีของผู้ซื้อไปยังบัญชีของผู้ขายอัตโนมัติ ฯลฯ

1) บริษัท Nokia ได้เปิดให้ลูกค้าสร้างรายได้จากข้อมูลของตนเองผ่านบล็อกเชน¹⁴ โดยการซื้อขายข้อมูลนั้นจะเกิดขึ้นผ่านสัญญาอัจฉริยะของ Ethereum

2) ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (SET) เปิดตัวแพลตฟอร์มสำหรับการระดมทุนที่ทำงานอยู่บนเทคโนโลยีบล็อกเชนโดยแพลตฟอร์มดังกล่าวมีนามว่า LIVE ซึ่งทำงานอยู่บนเทคโนโลยีบล็อกเชน ที่ทำให้การเทรดแบบ Peer-to-Peer เกิดขึ้นได้ เพื่อที่จะช่วยให้สตาร์ทอัพใหม่ สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายขึ้น ซึ่งรวมไปถึงแหล่งเงินทุนจาก Venture Capital และนักลงทุนระดับสถาบัน ซึ่งธุรกิจ ต่างๆ สามารถใช้ LIVE ในการโปรโมทเพื่อเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายได้มากยิ่งขึ้นอีกด้วย¹⁵

3) ปี 2559 Airbnb ซึ่งเป็นบริการจัดหาห้องพัก ได้ตัดสินใจนำเทคโนโลยีบล็อกเชนมาใช้ โดยใช้ชื่อว่า bAirbnb (Airbnb on Blockchain) การทำธุรกรรมจะเกิดขึ้นจากความร่วมมือกันของสมาชิกเอง และรายได้ที่เกิดขึ้น นอกเหนือจากค่าดำเนินการจะถูกโอนไปยังสมาชิกโดยตรง¹⁶

¹⁴ Jirapas Siribunchawan, บริษัท Nokia เปิดให้ลูกค้าของพวกเขาสร้างรายได้จากข้อมูลของตนเองผ่าน Blockchain [Online], available URL:<https://siamblockchain.com/2018/05/17/streamr-announces-partnership-with-nokia-osisoft/>, 2561 (พฤษภาคม, 17).

¹⁵Jirapas Siribunchawan, ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เปิดตัวแพลตฟอร์มสำหรับการระดมทุนที่ทำงานอยู่บน Blockchain [Online], available URL:<https://siamblockchain.com/2018/05/10/set-launch-crowdfunding-platform-blockchain/>, 2561 (พฤษภาคม, 17).

¹⁶Nanta Janpitak, New Business Models: Making it rain on the blockchain ธุรกิจรูปแบบใหม่ : ทำเงินให้โปรยมาตั้งฝนบนบล็อกเชน [Online], available URL: <https://www.Facebook.com/notes/nanta-janpitaknew-business-models-making-it-rain-on-the-blockchain-%E0%B8%98%E0%B8%B8%E0%B8%A3%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B8%>

4) Alibaba¹⁷ ได้นำบล็อกเชนมาใช้ในการบริหารเงินในมูลนิธิการกุศลเพื่อให้ข้อมูลมีความโปร่งใส¹⁸

5) บริษัท Mass Vehicle Ledger Foundation Pte. Ltd. หรือ MVL ได้เปิดให้บริการเรียกแท็กซี่ หรือ รถยนต์ หรือ Ride-hailing โดยมีชื่อว่า TADA โดยได้ใช้เทคโนโลยี Blockchain¹⁹

6) Agricultural Bank of China หรือ China ซึ่งเป็นหนึ่งในธนาคารที่มีทรัพย์สินโดยรวมมากที่สุดในโลก ได้ทำการปล่อยกู้เป็นมูลค่า 300,000 ดอลลาร์ โดยใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนได้สำเร็จ²⁰

7) บริษัทด้านเทคโนโลยียักษ์ใหญ่ของญี่ปุ่นหรือ GMO เพิ่งเปิดตัว Internet Banking โดยเขาเคลมว่าจะใช้บล็อกเชนในการชำระเงิน²¹

8) โรงเรียนแพทย์ ICAHN ที่ New York ได้เปิดตัวศูนย์วิจัยแห่งใหม่ที่มีมุ่งเน้นการใช้งานบล็อกเชนที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพ ซึ่งจะถูกสร้างขึ้นภายในตัวสถาบันเพื่อเป็นการวิจัยการดูแลสุขภาพในยุคถัดไป (Next-Generation of Healthcare) โดยบริษัทจะวิจัยด้านการประยุกต์ใช้ปัญญาประดิษฐ์, Robotics, การเรียงลำดับ Genome, เซ็นเซอร์และอุปกรณ์สวมใส่สำหรับทางการแพทย์²²

9B%E0%B9%81%E0%B8%9A%E0%B8%9A%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B8%A1 %E0%B9%88-%E0%B8%97%E0%B8%B3%E0%B9%80%E0%B8%87%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B9%89%E0%B9%82/1015552587138933/, 2561 (พฤษภาคม, 17).

¹⁷คือเว็บไซต์ขายส่งที่ใหญ่ที่สุดในโลก หรือบางคนเรียกว่าเว็บไซต์ B2B นั่นเอง เว็บไซต์ Alibaba ถือเป็นเว็บไซต์สัญชาติจีนที่ได้รับมาตรฐานสากล.

¹⁸Aayushi Dhawan, **Alibaba accepts Blockchain-based Remittance Service Coinfrenzy** [Online], available URL: <https://coinfrenzy.io/alibaba-blockchain-remittance>, 2018 (July, 1).

¹⁹Techsauce Team, **TADA แอปเรียกแท็กซี่บน Blockchain ค่าเรียกถูกกว่าครึ่ง เริ่มให้บริการในสิงคโปร์แล้ว** [Online], available URL: <https://techsauce.co/news/tada-blockchain-based-ride-hailing-service>, 2561 (กรกฎาคม, 31).

²⁰Jirapas Siribunchawan, **ธนาคารที่มีสินทรัพย์โดยรวมมากที่สุดในโลกได้ทำการปล่อยกู้ด้วย Blockchain สำเร็จ** [Online], available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/31/banking-giant-trials-blockchain-for-issuance-of-land-backed-loans>, 2561 (กรกฎาคม, 31).

²¹Wiput Watanasupt, **GMO เปิดตัว Internet Banking ที่จะใช้ Blockchain ในการชำระเงิน** [Online], available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/18/gmos-new-internet-bank-will-settle-payments-with-blockchain>, 2561 (กรกฎาคม, 18).

²²Wiput Watanasupt, **โรงเรียนแพทย์ Icahn School เปิดตัวศูนย์วิจัยที่มุ่งเน้น Blockchain ด้านสุขภาพ** [Online], available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/31/mount-sinai-hospital-to-explore-blockchain-applications/>, 2561 (กรกฎาคม, 31).

9) เมื่อ 31 กรกฎาคม 2561 Dubai International Court มีหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับข้อพิพาททางแพ่งและการค้าในอุตสาหกรรมการเงิน ได้วางแผนที่จะเริ่มดำเนินการ “Court of the Blockchain” หรือ ศาลด้าน Blockchain เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินการด้านกฎหมาย²³

10) โรงภาพยนตร์เมเจอร์ ซินีเพล็กซ์ ในประเทศไทยได้มีการเตรียมนำเอาระบบชำระเงินดิจิทัล (Cryptocurrency) มาใช้งาน โดยร่วมมือกับบริษัท Rapidzpay ของสวิตเซอร์แลนด์²⁴

3. ระบบบล็อกเชนสู่สัญญาอัจฉริยะ

นอกจากการโอนเงินโดยใช้สกุลเงินคริปโตแล้ว บล็อกเชนได้มีการพัฒนาไปจนถึงการทำสัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract) ที่สามารถมีการดำเนินการตามสัญญาอัจฉริยะเมื่อมีการกระทำการตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาตกลงกัน เนื่องด้วยการพัฒนาของเทคโนโลยีต่างๆ โดยเฉพาะการทำสัญญาอัจฉริยะที่คู่สัญญาเพียงแค่งำหนดเงื่อนไขแก่สัญญาและให้ตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ดำเนินการแทนนั้น ทำให้กฎหมายอาจตามไม่ทัน แม้จะสามารถวินิจฉัยโดยอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ก็ตาม แต่อาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการพิจารณาตีเนื่องจากการวินิจฉัยที่ต่างกันและทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้

สัญญาอัจฉริยะเป็นเงื่อนไขหรือข้อตกลงของสัญญาต่าง ที่ถูกจัดเก็บไว้ในรูปแบบโค้ด (Code) ซึ่งโค้ดดังกล่าวจะถูกเก็บไว้ในเทคโนโลยีของบล็อกเชน โดยหากมีการกระทำที่ตรงตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญา ระบบก็จะดำเนินการทำธุรกรรมต่างๆ ตามข้อตกลงโดยอัตโนมัติ²⁵ ซึ่งการดำเนินการต่างๆ ในสัญญาอัจฉริยะจะดำเนินการโดยตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Agent: E-agent) โดยตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือแบบอัตโนมัติอื่นๆ ที่ทำงานอย่างอิสระเพื่อดำเนินการหรือตอบสนองต่อการบันทึกอิเล็กทรอนิกส์

²³ Jayapol Chiewpitayakarn, ดูไบ เตรียมตัวสร้างศาลที่ใช้เทคโนโลยี Blockchain ในการดำเนินการ [Online], available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/31/dubai-plans-to-disrupt-its-own-legal-system-with-blockchain>, 2561 (กรกฎาคม, 31).

²⁴ Jiraboon Narktong, รายงาน: โรงหนัง Major Cineplex ในไทยเตรียมรับเหรียญ Cryptocurrency [Online], available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/30/movie-theater-chain-thailand-crypto>, 2561 (กรกฎาคม, 30).

²⁵ สัญญาอัจฉริยะจึงมีลักษณะเหมือนกับตู้ขายน้ำอัตโนมัติหรือตู้จำหน่ายตั๋วอัตโนมัติที่มีอยู่ทั่วไปซึ่งเมื่อผู้ซื้อได้จ่ายเงินครบตามจำนวนที่กำหนดไว้ ตัวหรือ น้ำที่ผู้ซื้อเลือกไว้จะถูกนำออกมาให้แก่ผู้ซื้อ แต่มีความต่างโดยสัญญาอัจฉริยะเป็นการทำสัญญาแบบกระจายศูนย์ซึ่งสามารถเก็บประวัติและสามารถทำสัญญาได้หลากหลายมากกว่าตู้ขายอัตโนมัติ.

หรือการทำงานใดๆ ในระบบตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาอัจฉริยะจึงมีหน้าที่ดำเนินการต่างๆ ตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาตกลงกัน

ความคิดในการทำสัญญาอัจฉริยะเกิดจากนักคอมพิวเตอร์ท่านหนึ่ง ชื่อว่า Nick Szabo ผู้ริเริ่มความคิดนำเอาบล็อกเชนมาใช้ในการทำสัญญา²⁶ โดยมีหลักการทำงานโดยตั้งเงื่อนไขล่วงหน้าไว้ว่า “ถ้าเป็นแบบนี้ แล้วจึงทำแบบนั้น (If...Then...)” สัญญาดังกล่าวจะดำเนินการโดยอัตโนมัติตั้งแต่ขั้นตอนแรกจนถึงขั้นตอนสุดท้าย แพลตฟอร์มบล็อกเชนที่สามารถทำสัญญาอัจฉริยะได้แก่ Ethereum, EOS, Stellar, Cardano, Side Chain, NXT, และ Neo

นอกจากนี้ เมื่อบล็อกเชนทำสัญญาอัจฉริยะขึ้นในรูปแบบโค้ดแล้ว บล็อกเชนสามารถดำเนินการแปลงโค้ดดังกล่าวมาเป็นภาษามนุษย์ (Human Language) ได้ เพื่อให้คู่สัญญาสามารถรู้ถึงข้อสัญญาต่าง ในสัญญาอัจฉริยะ²⁷ และยังสามารถนำไปเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องได้อีกด้วย

ในปัจจุบันเริ่มมีการนำเอาสัญญาอัจฉริยะมาใช้มากขึ้น ยกตัวอย่างต่อไปนี้

1) ประเทศไทยได้เปิดบริษัทสัญญาอัจฉริยะในประเทศไทยโดยใช้ชื่อว่า Smart Contract Thailand²⁸ ซึ่งบริษัทดังกล่าวสามารถทำสัญญาอัจฉริยะกับการประกันภัยรวมไปถึงการระดมทุนสาธารณะ (Crowdfunding) อีกด้วย

2) ธนาคารก็เริ่มมีการทดสอบระบบจัดการสัญญาอัจฉริยะระหว่างพาร์ตเนอร์โดยการทำงานอยู่บนเทคโนโลยีบล็อกเชน โดยการนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้จะช่วยลดความผิดพลาดอันเกิดจากรูปแบบการจัดเก็บสัญญาต่างๆ แบบ Manual²⁹

3) เกม Cryptokitties³⁰ เกมแรกบนเทคโนโลยีบล็อกเชน เปิดตัวเมื่อ 28 พฤศจิกายน 2560 เป็นเกมสะสมการ์ดแมว โดยสามารถนำมาผสมการ์ดและออกการ์ดใหม่ขึ้นมา แล้วนำมาขายต่อได้ โดยมีการกำหนดลักษณะด้วยยีน 256 บิตที่มีความเป็นไปได้ประมาณ 4 พันล้านแบบ เกมดังกล่าวใช้ Smart Contract ในการเก็บข้อมูลแมวไว้ในบล็อกเชน กล่าวคือ เป็นการเขียนโค้ดให้สามารถสร้างแมวขึ้นมาได้ ผสมพันธุ์ได้ และนำออกขายใน marketplace ฯลฯ

²⁶Michael Gord, *Smart Contracts Described by Nick Szabo 20 Years Ago Now Becoming Reality* [Online], available URL: <https://bitcoinmagazine.com/articles/smart-contracts-described-by-nick-szabo-years-ago-now-becoming-reality-1461693751/>, 2016 (October, 29).

²⁷พินัย ณ นคร, เรื่องเดิม, หน้า 316.

²⁸[Online], available URL: <https://www.smartcontractthailand.com/>, 2560 (กันยายน, 17).

²⁹Techsauce Team, *ธนาคาร Tokyo Mitsubishi UFJ ทดสอบการนำ Blockchain มาใช้จัดการ Smart Contract กับลูกค้า* [Online], available URL: <https://techsauce.co/fintech/tokyo-mitsubishi-ufj-test-smart-contract-management-on-blockchain/>, 2560 (กันยายน, 17).

³⁰[Online], available URL: <https://www.cryptokitties.co/>, 2560 (กันยายน, 17).

ข้อดีของสัญญาอัจฉริยะ คือ เป็นการทำสัญญาระหว่างบุคคลต่อบุคคล ไม่มีบุคคลที่ 3 มาเกี่ยวข้อง ประหยัดเวลา ลดความสับสนที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างทำสัญญา ลดความผิดพลาดของมนุษย์มีความแม่นยำสูง เก็บข้อมูลได้ถาวร และมีความน่าเชื่อถือ แต่สัญญาอัจฉริยะก็มีข้อเสียเช่นกัน คือ มีผู้เชี่ยวชาญด้านนี้น้อย แก้ไขยากหากต้องการแก้ไข ยังไม่เป็นที่ยอมรับยากที่จะตรวจสอบ เพราะสัญญาอัจฉริยะดูเพียงว่ามีการส่งของถึงปลายทางหรือไม่และใช้บังคับกับสัญญาที่มีความชัดเจนและตรงตัวเนื่องจากต้องมีการกำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจน หากไม่มีความชัดเจน สัญญาอัจฉริยะจะไม่สามารถกระทำการได้

4. กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะ

จากการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ประเทศอเมริกาประกอบไปด้วยรัฐ 50 มลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐมีกฎหมายเป็นของตัวเองและมีกฎหมายที่ใช้ระหว่างมลรัฐด้วยกันอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (The Uniform Commercial Code : UCC) หรือ The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-sign Act) เป็นกฎหมายสหพันธรัฐได้ให้การรับรองเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์กับหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ให้มีสถานะทางกฎหมายที่ใช้สำหรับการทำธุรกรรมระหว่างมลรัฐด้วยกัน สัญญาอัจฉริยะในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะ ยกเว้นแต่ในบางมลรัฐ³¹ เช่น มลรัฐแอริโซนา (Arizona) มลรัฐโอไฮโอ (Ohio) มลรัฐไวโอมิง (Wyoming) มลรัฐเทนเนสซี (Tennessee) และมลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois) ฯลฯ ที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายของตัวเองเพื่อเพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีการรองรับเทคโนโลยีบล็อกเชนและสัญญาอัจฉริยะโดยห้ามปฏิเสธผลทางกฎหมายเพียงเพราะเป็นการทำสัญญาอัจฉริยะและให้สัญญาอัจฉริยะถือเป็นการทำสัญญาตามกฎหมาย โดยเฉพาะมลรัฐอิลลินอยส์ที่ได้บัญญัติกฎหมายเทคโนโลยีบล็อกเชน (Blockchain Technology Act) โดยเฉพาะและได้บัญญัติรับรองผลทางกฎหมายของสัญญาอัจฉริยะ โดยมีองค์ประกอบของการทำสัญญา³² คือ มีคำเสนอและคำสนอง (Offer and Acceptance) มีการแสดงเจตนา (Intent) และสิ่งตอบแทน (Consideration) ซึ่งไม่แตกต่างจากกฎหมายไทยมากนักยกเว้นสิ่งตอบแทนตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

³¹Heather Morton, **BLOCKCHAIN STATE LEGISLATION** [Online], available URL: <http://www.Ncslogresearchfinancial-services-and-commercthe-fundamentals-of-risk-management-and-insurance-viewed-through-the-lens-of-emerging-technology-webinar.aspx>, 2017 (September, 17).

³²R3 and Norton Rose Fullbright. Can smart contracts be legally binding contracts?. p.27.

1) คำเสนอและคำสนอง

คำเสนอและคำสนองมีลักษณะเหมือนกับกฎหมายไทย คือ คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญาของบุคคลฝ่ายหนึ่งได้แจ้งให้บุคคลอีกฝ่ายทราบถึงการขอทำสัญญานั้น บุคคลผู้แสดงเจตนาดังกล่าวเรียกว่า ผู้ทำคำเสนอ (Offeror) และบุคคลอีกฝ่ายที่ได้รับคำเสนอ เรียกว่า ผู้รับคำเสนอ หรือผู้รับการแสดงเจตนาซึ่งจะเป็นผู้สนอง (Offeree) เมื่อผู้รับคำเสนอแสดงเจตนาต้องการสนองกลับคำเสนอ คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้งและต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิดได้ หากคำเสนอของผู้เสนอไม่มีความชัดเจนเพียงพอก็อาจยังไม่เข้าลักษณะของคำเสนอตามกฎหมาย แต่อาจมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอได้³³ และคำสนอง เป็นการแสดงเจตนาตอบรับคำเสนอที่จะเข้าทำสัญญากับผู้เสนอ ซึ่งต้องเด็ดขาดและไม่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมหรือแก้ไขเงื่อนไขของคำเสนอ หากมีการแก้ไขหรือเพิ่มเติม ถือว่าผู้สนองปฏิเสธคำเสนอของผู้เสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ส่งไปยังผู้เสนอ³⁴ และการแสดงเจตนาทำคำสนองอาจทำโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ โดยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งได้แก่การกระทำด้วยวาจา การกระทำด้วยลายลักษณ์อักษร หรือการกระทำอย่างอื่นซึ่งเป็นปฏิกิริยาที่ชัดแจ้ง และการแสดงเจตนาโดยปริยายเป็นการสันนิษฐานจากเจตนาผู้เสนอหรือตามปกติประเพณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคสอง³⁵ และคำสนองต้องตอบกลับในระยะเวลาอันควรคาดหมายที่จะได้รับคำสนองหรือหากมีการระบุระยะเวลาในการสนองกลับ ผู้สนองต้องสนองกลับภายในระยะเวลาที่ระบุไว้ในคำเสนอ

ภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นมีความเกี่ยวข้องกับ การร่วมกันของจิตใจ (Meeting of the minds) หรือ เจตนาต้องตรงกัน กล่าวคือ คู่สัญญาต้องยอมรับเงื่อนไขหรือข้อตกลงพื้นฐานของ

³³ กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, “กระบวนการในการเกิดสัญญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 16-7.

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 บัญญัติว่า
“ถ้าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสนอนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่
คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว”

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 บัญญัติว่า
“อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้น ย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ

ถ้าตามเจตนาอันผู้เสนอได้แสดง หรือตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองไซ้ ท่านว่าสัญญานั้นเกิดเป็นสัญญาขึ้นในเวลาเมื่อมีการอันใดอันหนึ่งขึ้น อันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ”

สัญญาและมีคำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน เพื่อให้สัญญาเกิดและมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา³⁶

2) การแสดงเจตนา

การแสดงเจตนามี 2 ประเภท คือ การแสดงเจตนาเฉพาะหน้า หมายถึง การแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่ ณ ที่นั้น เวลานั้น³⁷ และผู้ทำคำสนองก็สนองรับ ณ ที่นั้น และ เวลานั้น และ การแสดงเจตนาไม่เฉพาะหน้า หรือคู่สัญญาอยู่ห่างกันโดยระยะทางเช่น ส่งอีเมลล์ (e-mail) จดหมาย หรือ โทรสาร เช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ การแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอจะมีผลต่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบถึงการแสดงเจตนา³⁸ และรวมไปถึงการแสดงเจตนาทำคำเสนอโดยทางโทรศัพท์หรือเครื่องมือสื่อสารอื่นๆ ที่สามารถโต้ตอบกันได้ทันทีและบุคคลทั้ง 2 ฝ่ายต้องอยู่โต้ตอบ ณ ขณะนั้น³⁹ เช่น แอปพลิเคชันโต้ตอบอย่างไลน์เมสเสจเจอร์แชทในไอจี ฯลฯ และ การแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า หรือ การแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง คำเสนอในกรณีนี้จะมีผลเมื่อคำเสนอนั้นไปถึงผู้รับคำเสนอ⁴⁰ ไม่ว่าผู้รับคำเสนอจะรับรู้ถึงข้อความในคำเสนอนั้นหรือไม่ก็ตามและคำเสนอนั้นไม่เสื่อมเสียไปแม้ภายหลังการส่งคำเสนอนั้นผู้เสนอเสียชีวิตหรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ นอกจากนี้ การแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าอย่างการเขียนจดหมาย โทรเลข หรือโทรสารในกรณีที่ผู้รับไม่ได้อยู่ปลายทางใน

³⁶ § 2-207 ได้มีข้อยกเว้นไว้ถ้าคำสนองที่มีเนื้อหาต่างๆ กันไปจากคำเสนอก็ทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้หากข้อแตกต่างนั้นมิใช่เป็นสาระสำคัญ.

³⁷ รวมถึงการคุยโทรศัพท์ หรือการคุยผ่านแอปพลิเคชัน เช่น ไลน์เมสเสจเจอร์ ฯลฯ ซึ่งอีกฝ่ายอยู่พร้อมโต้ตอบ.

³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 บัญญัติว่า

“การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน.”

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 356 บัญญัติว่า

“คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้ระยะเวลาให้ทำคำสนองนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้น เวลานั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย.”

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 169 บัญญัติว่า

“การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกก่อนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น ก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนา นั้นตกเป็นอันไร้ผล

การแสดงเจตนาที่ได้ส่งออกไปแล้วย่อมไม่เสื่อมเสียไป แม้ภายหลังการแสดงเจตนา นั้นผู้แสดงเจตนาจะถึงแก่ความตาย หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ.”

ขณะนั้นแล้ว ยังหมายรวมถึงการทำคำเสนอโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งผู้รับคำเสนอจะรู้ได้เมื่อเปิดดูด้วย⁴¹

3) สิ่งตอบแทน

สิ่งที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะนำมาแลกเปลี่ยนกันโดยต้องเป็นสิ่งของที่มีมูลค่า เช่น เงิน ทรัพย์สิน หรือการกระทำ ฯลฯ⁴² เพื่อให้สัญญามีผลผูกพันคู่สัญญา แต่การให้โดยเสนหาไม่ได้ก่อให้เกิดความผูกพันทางสัญญาระหว่างผู้ให้และผู้รับแต่อย่างใด

เมื่อมีองค์ประกอบครบตามข้างต้น สัญญาจึงเกิดขึ้น แต่เกิดขึ้น ณ เวลาใด หรือ สถานที่ใดนั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ กรณีการแสดงเจตนาเฉพาะหน้า สัญญาจะเกิดเมื่อผู้เสนอได้ส่งคำเสนอไปยังผู้สนอง และผู้สนองได้รับคำเสนอแล้วได้สนองรับทันที ถือเป็นการร่วมกันของจิตใจ (Meeting of the minds) และทำให้สัญญาเกิดขึ้น ณ เวลานั้น สถานที่นั้น และกรณีการแสดงเจตนาไม่เฉพาะหน้า คำเสนอจะมีผลเมื่อถูกส่งไปยังผู้สนองหรืออยู่ในเงื้อมมือของผู้สนอง เมื่อผู้สนอง สนองรับกลับมายังผู้เสนอในช่วงระยะเวลาที่ผู้เสนอกำหนดหรือในช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะสนองรับ และได้ส่งไปถึงผู้เสนอหรือในเงื้อมมือของผู้เสนอจึงเกิดสัญญาขึ้นและเกิดในสถานที่ที่คำสนอนนั้นมีผลเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361⁴³ ว่าสัญญาระยะบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำสนอนไปถึงผู้เสนอ

กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องมีการทำเป็นหนังสือ เช่น สัญญาที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในที่ดิน สัญญาหลักประกันสัญญาซื้อขายมากกว่า \$500 ฯลฯ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อหากมีหลักฐานเป็นหนังสือจะทำให้มีผลใช้บังคับแก่คู่สัญญาได้ ส่วนสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ UETA มีการบัญญัติถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับหนังสือว่า “เอกสาร” หมายถึงข้อมูลที่ถูกบันทึกไว้บนสื่อที่จับต้องได้หรือจัดเก็บในสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่ออื่น และสามารถเรียกคืนได้ในรูปแบบที่สามารถรับรู้ได้และ “เอกสารอิเล็กทรอนิกส์” หมายถึง เอกสารที่ถูกสร้างขึ้น ถูกส่ง ถูกสื่อสาร ได้รับหรือจัดเก็บด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์

ลายมือชื่อก็มีความสำคัญต่อการทำสัญญาเช่นกัน ลายมือชื่อคือ ลายเซ็น การเขียนชื่อชื่อเล่น หรือสัญลักษณ์ต่างๆ เพื่อแสดงตัวตนของผู้เขียน โดยผู้เขียนลายมือชื่อซึ่งเป็นคู่สัญญาเป็น

⁴¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 337.

⁴² Kathleen Mercer Reed and Henry R. Cheeseman, **Contract law for paralegals Traditional and E-contracts** (United State of America: Pearson Education, 2008), p. 5.

⁴³ มาตรา 361 บัญญัติว่า

“อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้น ย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนอนไปถึงผู้เสนอ.”

ผู้เขียนเพื่อให้สัญญาสามารถใช้บังคับได้ในกรณีกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและทำให้หนังสือดังกล่าวมีผลผูกพันตามกฎหมายได้

แต่ในส่วนกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) หรือกฎหมายจารีตประเพณี โดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The Doctrine of Precedent) และเป็นกฎหมายแม่แบบแก่นานาประเทศและประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในนั้นที่นำเอากฎหมายแม่แบบของประเทศอังกฤษมาปรับให้เข้ากับประเทศไทย เช่น พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ฯลฯ กฎหมายของประเทศอังกฤษไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะและไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรับรองการทำสัญญาอัจฉริยะแบบประเทศสหรัฐอเมริกา จึงต้องอาศัยการเทียบเคียงจากคำพิพากษาหรือกฎหมายของประเทศอังกฤษ

กฎหมายสัญญาในประเทศอังกฤษมีหลักเกี่ยวกับสัญญาว่า สัญญาเป็นข้อตกลงอย่างหนึ่ง และคู่สัญญาเป็นคู่สัญญาของข้อตกลงนั้น⁴⁴ เป็นการแลกเปลี่ยนซึ่งทำระหว่างคู่สัญญาด้วยกันโดยคำว่า “แลกเปลี่ยน” นั้น ทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีภาระผูกพันในสัญญาซึ่งสามารถยอมรับและใช้บังคับกันได้ตามกฎหมาย มุ่งองค์ประกอบของการเกิดสัญญา คือ 1) คำเสนอและคำสนอง 2) การแสดงเจตนา และ 3) สิ่งตอบแทนเช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

1) คำเสนอและคำสนอง

มีลักษณะเหมือนกับกฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือ คำเสนอ คือ การแสดงเจตนาโดยผู้เสนอเพื่อผูกพันทำสัญญาตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในคำเสนอ โดยทำเสนอต้องมีความชัดเจนที่สามารถที่จะเป็นสัญญาได้เมื่อได้รับการสนองกลับและต้องทำคำเสนอไปยังที่ผู้รับคำสนองหรือผู้สนองสามารถได้รับและสนองได้ เนื่องจากไม่มีเงื่อนไขว่าคำเสนอต้องทำโดยรูปแบบใด คำเสนอจึงอาจทำได้ด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือโดยการกระทำก็ได้⁴⁵ และมีผลเมื่อคำเสนอได้ส่งไปถึงผู้รับคำเสนอ

คำสนอง คือ การแสดงเจตนายินยอมเข้าไปผูกพันต่อคำเสนอโดยชัดแจ้งและไม่มีเงื่อนไขต่อคำเสนอ หากคำสนอนั้นไม่ชัดแจ้งหรือมีเงื่อนไขเพิ่มเติม ถือเป็นการบอกปิดคำเสนอและเป็นการทำคำเสนอขึ้นมาใหม่ คำสนองสามารถทำโดยวาจาหรือโดยการกระทำก็ได้ โดยในคดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*⁴⁶ ที่ได้กล่าวว่า การกระทำจะถือเป็นการสนองกลับต่อเมื่อได้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าผู้สนองได้กระทำโดยมีเจตนาสนองกลับ และหากผู้สนองทำคำสนองโดยการนิ่ง การนิ่งไม่ถือเป็นคำสนอง

⁴⁴ John Cartwright, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* (United States of America: Hart Publishing, 2007), p. 85.

⁴⁵ Ewan Mckendrick, *Contract Law*, 11th ed. (England: Palgrave, 2015), p. 26.

⁴⁶ [1983] 1 QB256.

2) การแสดงเจตนา

ประเภทของการแสดงเจตนาได้ 2 ประเภท คือ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ได้แก่ การแสดงเจตนาซึ่งแสดงอย่างเห็นได้ชัด โดยสามารถกระทำโดยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ และการแสดงเจตนาอีกประเภทหนึ่งคือการแสดงเจตนาโดยปริยาย คือ การแสดงเจตนาที่ไม่ได้ตกลงกันเฉพาะ แต่เป็นการแสดงเป็นนัยในสัญญาโดยศาลหรือรัฐสภา และการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับมีทั้งการแสดงเจตนาเฉพาะหน้าและไม่เฉพาะหน้า

3) สิ่งตอบแทน

เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สิ่งตอบแทนคือ สิ่งที่มีค่าสัญญาแต่ละฝ่ายจะนำมาแลกเปลี่ยนกันโดยต้องเป็นสิ่งที่มีความหมาย เช่น เงิน ทรัพย์สิน การบริการ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ฯลฯ

เมื่อมีองค์ประกอบครบตามเงื่อนไข สัญญาจึงเกิดขึ้นได้เมื่อกรณีดังต่อไปนี้

กรณีการแสดงเจตนาเฉพาะหน้า เมื่อผู้เสนอได้ทำข้อเสนอและผู้สนองได้สนองกลับ ณ เวลานั้น หรือในช่วงเวลานั้น สัญญาจึงเกิดขึ้น ณ เวลานั้นและสถานที่นั้น ซึ่งต้องเป็นไปตามหลัก การสื่อสารของคำสนอง และ

กรณีการแสดงเจตนาไม่เฉพาะหน้า สัญญาเกิดขึ้นในเวลาที่ยื่นคำเสนอได้ส่งไปยังผู้เสนอและผู้เสนอได้รับ หรือควรจะได้รับคำสนอนั้น โดยคำสนองหากมีเงื่อนไขให้สนองกลับตามระยะเวลาที่กำหนด ผู้สนองก็ต้องสนองกลับในเวลาที่กำหนดไว้ หากสนองกลับภายหลังจากล่วงเลยระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ไม่ถือว่าสัญญาเกิดและสัญญาเกิด ณ สถานที่ที่คำสนองมีผล หรือหากเป็นการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ กฎหมายกำหนดให้สถานที่ที่สัญญาเกิด ณ ที่ทำการ หรือถิ่นที่อยู่โดยปกติของผู้เสนอ

สัญญาอัจฉริยะมีรูปแบบคล้ายกับตู้ขายอัตโนมัติ ซึ่งหากมีการหยอดเหรียญตามราคาของสินค้าสินค้านั้นก็จะถูกนำออกมาให้ผู้ซื้อ อย่างในคดีของ *Thornton v. Shoe Lane Parking*⁴⁷ ศาลกล่าวว่า ตู้ขายตั๋วที่จอดรถอัตโนมัติถือเป็นเงื่อนไขของการทำธุรกรรมซึ่งมีความแน่นอนและเจตนาผูกพันนั้น มาจากความสามารถในการทำธุรกรรมโดยอัตโนมัติ

นอกจากนี้ กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องทำตามรูปแบบ โดยอาจทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือลงลายมือชื่อคู่สัญญา หากไม่กระทำตามที่กฎหมายกำหนด ทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์หรือใช้บังคับไม่ได้

⁴⁷[1971] 2 QB 163.

รูปแบบของสัญญา ได้แก่ การทำเป็นหนังสือ เป็นสัญญาตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด เช่น สัญญาซื้อขายที่ดิน ฯลฯ⁴⁸ และ การมีหลักฐานเป็นหนังสือ เป็นการระบุนความผูกพันตามสัญญาโดยสามารถทำเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบใดก็ได้ในสัญญาทั่วไป หากกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ คู่สัญญาต้องทำตามเงื่อนไขนั้น หากไม่กระทำการตามกฎหมายสัญญานั้นจึงไม่สามารถใช้ได้ตามกฎหมาย

ในส่วนธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996 ได้บัญญัติยอมรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 5 และมีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับหนังสือไว้ในมาตรา 6 โดยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือธุรกรรมนั้นสามารถกระทำโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยถือว่าได้ทำเป็นหนังสือถูกต้องตามกฎหมายแล้วและได้กำหนดเงื่อนไข คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต้องสามารถเข้าถึงได้เพื่อสามารถนำกลับมาใช้ได้ภายหลัง หากไม่สามารถเข้าถึงได้ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะไม่สามารถได้รับการรับรองเป็นหนังสือ

ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็เช่นเดียวกัน เป็นการยืนยันตัวตนของคู่สัญญาในการทำสัญญาหรือธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996 บัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 7 โดยให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์มีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับลายมือชื่อธรรมดาซึ่งมีเงื่อนไขต้องสามารถระบุตัวตนของบุคคลที่ใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้และวิธีการที่นำมาสร้างลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ต้องเชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

5. กฎหมายไทยเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะ

ในประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติของประเทศไทยและได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทั่วไป ในเรื่องเจตนา การเกิดสัญญา โมฆะกรรม โมฆียกรรม รวมไปถึงความสิ้นผลของสัญญาอีกด้วย แต่ไม่มีบทบัญญัติใดที่รองรับสัญญาอัจฉริยะ จึงอาศัยการเทียบเคียงกับสัญญาทั่วไปและสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ โดยองค์ประกอบของสัญญา ได้แก่ คู่สัญญา เจตนาและวัตถุประสงค์ และ แบบ

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ซึ่งในมาตรา 4 ก็มีการบัญญัติถึงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ และมาตรา 7 ในพระราชบัญญัติเดียวกันก็ได้บัญญัติเรื่องห้ามไม่ให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันของข้อความที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่ไม่ได้มีบัญญัติถึงสัญญา

⁴⁸Law of Property (Miscellaneous Provision), Act 1989 s2 (1).

อัจฉริยะเช่นกัน และภายหลังได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ 12 เมษายน 2562 ซึ่งเป็นวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยมีการแก้ไขให้เพิ่มบทนิยามคำว่า “ระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติ” หมายความว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอัตโนมัติอื่นที่ใช้เพื่อที่จะทำให้เกิดการกระทำหรือการตอบสนองต่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือการปฏิบัติการใด ต่อระบบข้อมูลไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนโดยปราศจากการตรวจสอบหรือการแทรกแซงโดยบุคคลธรรมดาในแต่ละครั้งที่มีการดำเนินการหรือแต่ละครั้งที่ระบบได้สร้างการตอบสนอง นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวได้ขยายความมาตรา 8 และมาตรา 9 ให้ครอบคลุมเกี่ยวกับการทำเป็นหนังสือและลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น และเพิ่มมาตรา 13/1, 13/2 และ 17/1⁴⁹ ซึ่งมีหลักเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่เฉพาะเจาะจง รวมถึงการทำคำสั่งผ่านระบบข้อมูลที่สามารถตอบโต้ได้อัตโนมัติให้ถือเป็นคำเชิญชวนเพื่อทำคำเสนอ ยกเว้นแต่จะเป็นการเสนอเพื่อทำสัญญาโดยชัดแจ้งถึงเจตนาของผู้เสนอที่จะผูกพันหากมีการสนองรับและกฎหมายห้ามไม่ให้ปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการบังคับใช้

⁴⁹มาตรา 13/1

“การเสนอเพื่อทำสัญญาผ่านการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ครั้งเดียวหรือ หลายครั้ง ซึ่งไม่ได้ส่งถึงบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง แต่บุคคลทั่วไปที่ใช้ระบบข้อมูลนั้นสามารถเข้าถึงได้ รวมถึงการเสนอโดยให้ระบบข้อมูลสามารถโต้ตอบได้โดยอัตโนมัติ ในการทำคำสั่งผ่านระบบข้อมูลให้ถือ เป็นคำเชิญชวนเพื่อทำคำเสนอ เว้นแต่การเสนอเพื่อทำสัญญาระบุได้โดยชัดแจ้งถึงเจตนาของบุคคลที่ทำการเสนอที่จะผูกพันหากมีการสนองรับ”

มาตรา 13/2

“ห้ามมิให้ปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการบังคับใช้ของสัญญาที่ทำโดยการโต้ตอบ ระหว่างระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติกับบุคคลธรรมดา หรือระหว่างระบบแลกเปลี่ยน ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติด้วยกัน เพียงเพราะเหตุที่ไม่มีบุคคลธรรมดาเข้าไปเกี่ยวข้องในการดำเนินการในแต่ละครั้งที่กระทำโดยระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติหรือในผลแห่งสัญญา”

มาตรา 17/1

“ในกรณีที่มีการลงข้อมูลผิดพลาดโดยบุคคลธรรมดาและส่งผ่านระบบ แลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติของผู้อื่น และระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัตินั้น ไม่มีช่องทางให้บุคคลดังกล่าวแก้ไขข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้น บุคคลดังกล่าวหรือผู้แทนมีสิทธิ ที่จะถอนการแสดงเจตนาในส่วนที่เกิดจากการลงข้อมูลผิดพลาดได้ หาก

(1) บุคคลดังกล่าวหรือผู้แทนได้แจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงข้อผิดพลาดโดยพลันหลังจากที่ตนได้รู้ถึงข้อผิดพลาดนั้น และแสดงให้เห็นว่าได้ส่งข้อมูลผิดพลาดผ่านระบบแลกเปลี่ยนข้อมูล ทางอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติ และ

(2) บุคคลดังกล่าวหรือผู้แทนไม่ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ใดจากสินค้า บริการ หรือสิ่งอื่นใด อย่างมีนัยสำคัญจากอีกฝ่ายหนึ่ง”.

ของสัญญาที่ทำระหว่างระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลอัตโนมัติกับบุคคลธรรมดาหรือระหว่างระบบด้วยกัน และหากมีการลงข้อมูลผิดพลาดและมีการส่งผ่านระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติของผู้อื่นและไม่สามารถแก้ไขข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นได้ กฎหมายบัญญัติให้บุคคลดังกล่าวหรือผู้แทนสามารถถอนการแสดงเจตนาในส่วนที่ลงข้อมูลผิดพลาดได้หากได้แจ้งให้ อีกฝ่ายทราบทันทีหลังจากรู้ถึงข้อผิดพลาดและบุคคลดังกล่าวหรือผู้แทนไม่ได้ใช้หรือรับประโยชน์ใดๆ จากสินค้า บริการ หรือสิ่งอื่นใดอย่างมีนัยสำคัญจากอีกฝ่าย โดยการแก้ไขดังกล่าวมีการเพิ่มเติมให้ครอบคลุมกับระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลอัตโนมัติมากขึ้น แต่ยังมีปัญหาวาระบบอัตโนมัติของสัญญาอัจฉริยะบนระบบบล็อกเชนถือว่าเป็นระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติตามกฎหมายหรือไม่

นอกจากนี้ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กจ. 16/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการให้ความเห็นชอบผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ข้อ 2 ได้บัญญัติเพิกขำนิยามของสัญญาอัจฉริยะเท่านั้น⁵⁰

6. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะในประเทศไทย

จากการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะในประเทศไทยพบว่ามีปัญหาดังนี้

6.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะที่ทำโดยตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์

กฎหมายไทยได้รองรับการรับหรือส่งข้อมูลของบุคคลและนิติบุคคล แต่หากเป็นการส่งหรือรับข้อมูลผ่านตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ จึงอาจเกิดข้อสงสัยว่าสามารถตีความได้ว่าผู้ส่งข้อมูลหรือผู้รับข้อมูลอาจหมายความว่าตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ด้วยหรือไม่ แม้กฎหมายต่างประเทศอย่างสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเกี่ยวกับตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ยังคงเป็นปัญหาเช่นเดียวกับประเทศไทยว่าตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์สามารถทำให้เกิดสัญญาได้หรือไม่

ในความเห็นผู้เขียน ตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งในสัญญาอัจฉริยะนั้นดำเนินการโดยสัญญาอัจฉริยะหรือ AI ในการจับคู่สัญญาที่มีความต้องการคล้ายกันเพื่อให้สัญญาเกิดและดำเนินการในการอำนวยความสะดวกแก่คู่สัญญาตั้งแต่เริ่มจนจบกระบวนการสัญญาเท่านั้น ตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์จึงไม่มีสภาพบุคคล เป็นเพียงส่วนหนึ่งของระบบที่ทำหน้าที่ในการดำเนินการให้คู่สัญญาเพื่อให้เกิดสัญญาขึ้น จึงถือได้ว่าตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาดำเนินการทำสัญญาแทนคู่สัญญา แต่ไม่ใช่คู่สัญญา

⁵⁰ ข้อ 2 ในประกาศนี้

“สัญญาอัจฉริยะ” (Smart Contract) หมายความว่า ชุดคำสั่งคอมพิวเตอร์ที่ดำเนินการบังคับตามข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาโดยอัตโนมัติเมื่อเกิดเหตุการณ์ตามที่กำหนด.

เช่น ห้องเช่าอัจฉริยะ ที่ผู้เช่าโอนเงินเข้าไปในจำนวนที่กำหนดแล้วระบบของห้องจะดำเนินการเปิดให้เข้าโดยอัตโนมัติ แม้จะเป็นการดำเนินการระหว่างผู้เช่ากับตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ แต่เจ้าของห้องคือผู้ให้เช่า การโอนเงินดังกล่าวก็เป็นการโอนไปยังบัญชีของผู้ให้เช่า หรือกรณีเครื่องจำหน่ายตั๋วจอดรถอัตโนมัติ คู่สัญญาคือผู้ซื้อและบริษัท ตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์เพียงอำนวยความสะดวกหรือดำเนินการแทนบริษัทเท่านั้น ตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์จึงไม่ถือว่าเป็นคู่สัญญาอันทำให้เกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และไม่ถือว่าเป็นผู้ส่งหรือผู้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ และเนื่องด้วยตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ไม่ถือว่าเป็นบุคคล จึงไม่ถือว่าเป็นนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵¹ คู่สัญญาในการทำสัญญาอัจฉริยะจึงมีเพียงบุคคลหรือนิติบุคคลตามมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ดำเนินการและทำสัญญาให้ และเจ้าของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ทำขึ้นจึงเป็นของบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นคู่สัญญา นอกจากนี้พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 15 วรรค 2 (2) มีหลักให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกส่งออกไปโดยระบบอัตโนมัติเป็นข้อมูลของผู้ที่ใช้ระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกส่งโดยระบบอัตโนมัติของสัญญาอัจฉริยะบนระบบบล็อกเชนจึงเป็นข้อมูลของผู้ใช้คอมพิวเตอร์หรือโหนดนั้นและจะถือเป็นคู่สัญญาหากได้มีการทำข้อเสนอและคำสนองตามกฎหมาย

6.2 ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดสัญญาอัจฉริยะตามกฎหมาย

ปัญหาว่าสัญญาอัจฉริยะเกิดขึ้นเมื่อใด สถานที่ใด และสามารถบังคับใช้ได้หรือไม่นั้น เนื่องจากความเป็นระบบอัตโนมัติและมีตัวแทนอิเล็กทรอนิกส์ดำเนินการแทนมนุษย์ตั้งแต่เกิดสัญญาจนถึงเสร็จสิ้นเงื่อนไขในสัญญาและเมื่อสัญญาที่ถูกแปลงเป็นโค้ดแล้วจะถูกนำเข้าไปในระบบของบล็อกเชนที่ทุกโหนดจะบันทึกสัญญานั้นไว้ จึงถือได้ว่าทุกโหนดในระบบมีต้นฉบับของสัญญานั้นและสัญญาเกิดในทุกๆ โหนดที่บันทึกข้อสัญญานั้นหรือไม่

ในความเห็นของผู้เขียน เมื่อทราบว่ามีการแสดงเจตนาคำเสนอหรือคำสนองจากบุคคลนั้น บุคคลอื่นหรือโหนดอื่นๆ ที่อยู่ในระบบจึงไม่ถือว่าเป็นคู่สัญญาที่จะทำให้สัญญาอัจฉริยะเกิด เพราะ

⁵¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 845

“บุคคลผู้ใดตกลงจะให้คำบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ซึ่งจะได้เข้าทำสัญญากัน ก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญากัน ก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบคำบำเหน็จก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ชี้ช่องหรือจัดการนั้น ถ้าสัญญาที่ได้ทำกันไว้นั้นมีเงื่อนไขเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนไซ้ ท่านว่าจะเรียกร้องคำบำเหน็จแก่นายหน้ายังหาได้ไม่ จนกว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว

นายหน้ามีสิทธิจะได้รับค่าได้ค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้เช่นนั้นความข้อนี้ท่านให้ใช้บังคับแม้ถึงว่าสัญญาจะมีได้ทำกันสำเร็จ.”

ไม่ได้มีการแสดงเจตนาข้อเสนอหรือคำสนอนั้น คู่สัญญาในระบบล็อกเชนนั้นจึงมีแค่บุคคล 2 ฝ่ายหรือมากกว่าที่ได้แสดงเจตนาโดยการทำข้อเสนอหรือทำคำสนอนั้นในระบบ และเมื่อทราบการแสดงเจตนาของสัญญาอัจฉริยะเป็นประเภทการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า เนื่องจากคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องอยู่พร้อมโต้ตอบ ณ ขณะนั้น สัญญาจึงเกิดขึ้นเมื่อผู้รับส่งคำสนอนไปยังผู้ส่งหรือกระทำการใดอันเป็นการสนองกลับ เช่น โอนเงินดิจิทัลไปยังบัญชีดิจิทัลของเจ้าของห้องพักตามจำนวนเงินที่กำหนดเพื่อให้สามารถเข้าไปห้องพักได้ และการที่คู่สัญญาทำการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในระบบหรือเครือข่ายบล็อกเชนซึ่งเป็นระบบเดียวกัน จึงไม่เข้าตามมาตรา 22⁵² ที่บัญญัติว่า ต้องเป็นระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่ง กฎหมายในประเทศไทยไม่ได้ใช้หลักการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อใช้ในการมีผลของเจตนา โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้การได้รับในการมีผลของการแสดงเจตนา กล่าวคือ การแสดงเจตนามีผลเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบหรือได้รับการแสดงเจตนา นั้น จึงไม่จำต้องวินิจฉัยในเรื่องการมีผลของการแสดงเจตนาภายหลังการส่งตามมาตรา 22 หรือไม่ แต่ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ การแสดงเจตนามีผลเมื่อได้ส่งการแสดงเจตนา นั้น เรียกว่า Postal Rule จึงอาจมีปัญหาเกี่ยวกับการส่งข้อมูลในระบบเดียวกันอย่างบล็อกเชนได้ นอกจากนี้ สัญญาอัจฉริยะเป็นการนำเอาเงื่อนไขของสัญญามาแปลงเป็นโค้ด เป็นสัญญาซึ่งระบบคอมพิวเตอร์จะเข้าทำสัญญาโดยอัตโนมัติเมื่อมีการกระทำการตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาได้ตกลงกันซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวถือเป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาจะกระทำภายหลังการเกิดสัญญา เช่น นาย ก. ตกลงทำสัญญาเช่าโดยใช้สัญญาอัจฉริยะกับนาย ข. โดยให้ทุกสิ้นเดือนนาย ข. ทำการโอนเงินพร้อมดอกเบี้ยไปยังบัญชีดิจิทัลของนาย ก. ดังนั้น เงื่อนไขหรือข้อตกลงดังกล่าวจึงหาใช่เงื่อนไขซึ่งใช้บังคับก่อนอันทำให้เกิดสัญญาตามมาตรา 183 และทำให้สัญญาอัจฉริยะเกิดเมื่อได้มีการทำตามเงื่อนไขบังคับก่อนไม่ แต่เป็นข้อตกลงในสัญญาว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะกระทำการใดๆ ตามสัญญาอัจฉริยะนั้น⁵³ อันเป็นการกำหนดเงื่อนไขเพื่อการเกิดสัญญาโดยตรง เพราะหากระบบตรวจสอบแล้วเงื่อนไขในสัญญาไม่ถูกต้อง ระบบจะไม่ทำสัญญาให้ได้ สัญญาจึงอาจไม่เกิดขึ้น จึงไม่ถือว่าสัญญาอัจฉริยะเป็นสัญญาที่นำเอาเงื่อนไขมาใช้ในการบังคับตามสัญญาซึ่งเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 182-183 ซึ่งเป็นข้อความที่บังคับไว้ให้นิติกรรมเป็นผลหรือสิ้นผลเมื่อมีเหตุการณ์อันไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ในอนาคต และในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธุรกรรมทาง

⁵² พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 22 “การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่าได้มีการส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล.”

⁵³ การทำสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน สัญญาถือว่าเกิดขึ้นแล้วแต่ยังไม่มียุทธผลจนกว่าจะทำตามเงื่อนไขที่ตกลงกัน เช่น จะขายที่ดินให้หากบุตรของตนสามารถสอบเข้ามหาวิทยาลัยได้ ซึ่งแตกต่างจากเงื่อนไขในสัญญาอัจฉริยะที่สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการทำตามเงื่อนไข เช่น ต้องการเช่ารถอัจฉริยะ จึงโอนเงินดิจิทัลไปยังบัญชีของเจ้าของรถ เมื่อโอนเสร็จก็จะสามารถใช้รถได้.

อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งได้บัญญัติให้ถือว่าการเสนอเพื่อทำสัญญาผ่านการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ครั้งเดียวหรือ หลายครั้ง ซึ่งไม่ได้ส่งถึงบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง แต่บุคคลทั่วไปที่ใช้ระบบข้อมูลนั้นสามารถเข้าถึงได้ รวมถึงการเสนอโดยให้ระบบข้อมูลสามารถโต้ตอบได้โดยอัตโนมัติ เป็นคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอ และกฎหมายห้ามไม่ให้ปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการบังคับใช้ของสัญญาที่ทำระหว่างระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลอัตโนมัติกับบุคคลธรรมดาหรือระหว่างระบบด้วยกัน

ดังนั้น สัญญาอัจฉริยะจึงเกิดขึ้นเมื่อมีการสนองกลับคำเชิญชวนหรือมีการทำคำเสนอไปยังคำเชิญชวนนั้นและมีการสนองกลับ และคำสนองได้ไปถึงผู้เสนอตามมาตรา 361 กล่าวคือ เมื่อผู้เสนอได้ทำคำเสนอต่อการเชิญชวนนั้นและผู้สนองโดยอาจเป็นบุคคลหรือระบบอัตโนมัติได้ทำคำสนองในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ส่งไปยังระบบข้อมูลของผู้รับตามมาตรา 23⁵⁴ ของพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว โดยไม่เข้าตามมาตรา 22 เนื่องจากการส่งข้อมูลในระบบเดียวกัน แต่ประเทศไทยใช้หลักการมีผลของการแสดงเจตนาโดยอาศัยพฤติการณ์ได้รับหรือได้รับของอีกฝ่าย จึงไม่ต้องนำมาตรา 22 มาวินิจฉัย และเมื่อนำเข้าไปในระบบและมีการถอดเงื่อนไขของคำเสนอเป็นโค้ดและส่งไปในเครือข่ายของบล็อกเชนซึ่งมีประโยชน์ในเรื่องความโปร่งใสในการทำสัญญา สัญญาจึงเกิดขึ้น ณ เวลานั้นและระบบอัตโนมัติของสัญญาอัจฉริยะจะดำเนินการแทนผู้เสนอและผู้สนองทันทีจนเสร็จสิ้นทุกอย่าง สัญญาอัจฉริยะจึงเกิดขึ้นเมื่อทำคำสนองไปถึงผู้เสนอ หรือระบบข้อมูลของผู้เสนอและกฎหมายก็รับรองการเกิดสัญญาของระบบอัตโนมัติทำให้สัญญาอัจฉริยะสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย

เมื่อได้วิเคราะห์ว่าสัญญาอัจฉริยะเป็นการทำสัญญาระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 คน และเฉพาะคู่สัญญาในระบบบล็อกเชนเท่านั้นที่สามารถได้รับผลประโยชน์จากการทำสัญญาอัจฉริยะ และสัญญาอัจฉริยะเกิดขึ้นเมื่อคำสนองไปถึงผู้เสนอแล้วตามการทำสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า และเมื่อสัญญาอัจฉริยะบนระบบบล็อกเชนสามารถนำพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาปรับใช้ได้ พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 24 บัญญัติว่า เมื่อคำสนองไปถึงผู้เสนอ และเกิดสัญญา ณ เวลาใด กฎหมายกำหนดว่าสัญญาย่อมเกิดขึ้น ณ สถานที่ที่ผู้เสนอประกอบการอยู่

⁵⁴ พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 23 “การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูล

หากผู้รับข้อมูลได้กำหนดระบบข้อมูลที่จะประสงค์จะใช้ในการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะ ให้ถือว่า การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูลได้กำหนดไว้ นั้น แต่ถ้าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ส่งไปยังระบบข้อมูลอื่นของผู้รับข้อมูลซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูลกำหนดไว้ ให้ถือว่า การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ได้เรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้น

ความในมาตรานี้ให้ใช้บังคับแม้ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูลตั้งอยู่ในสถานที่ที่อีกแห่งหนึ่งต่างหากจากสถานที่ที่ถือว่าผู้รับข้อมูลได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 24”.

(Place of Business) ที่ทำการงานที่เกี่ยวข้องในกรณีที่ผู้เสนอมีที่ทำการงานหลายแห่ง สำนักงานใหญ่หรือถิ่นที่อยู่ปกติในกรณีที่ไม่มีปรากฏที่ทำการงานของผู้เสนอ และหากมีข้อพิพาทขึ้น คู่สัญญาก็สามารถฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ กล่าวคือ ที่ที่มูลคดีเกิดหรือสัญญาเกิดได้ตามมาตรา 4 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สถานที่เกิดสัญญาอัจฉริยะจึงไม่ต้องคำนึงถึงสถานที่ส่งหรือรับของระบบบล็อกเชนหรือสถานที่ที่ผู้ส่งหรือผู้รับอยู่ตามความเป็นจริง แต่เป็นสถานที่ประกอบการของผู้เสนอ เช่น เจ้าของห้องเช่าอัจฉริยะในระบบบล็อกเชน เมื่อมีผู้มาเช่าห้องดังกล่าว สัญญาจะเกิดในสถานที่ที่เจ้าของห้องเช่ามีประกอบการอยู่ และในส่วนการหาสถานที่นั้นจะเป็นเรื่องของการพิสูจน์ข้อเท็จจริง

6.3 ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ตามกฎหมายของสัญญาอัจฉริยะ

การเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อตามพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นครอบคลุมถึงระบบอัตโนมัติของสัญญาอัจฉริยะด้วยหรือไม่ เนื่องจากสัญญาอัจฉริยะคือ การนำข้อสัญญาไปแปลงเป็นโค้ดคอมพิวเตอร์ซึ่งบุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าใจได้ และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของสัญญาอัจฉริยะ จะถือว่าเป็นข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลงหรือไม่ และคู่สัญญาสามารถเข้าใจสัญญาอัจฉริยะที่แปลงเป็นโค้ดคอมพิวเตอร์ได้อย่างไร นอกจากนี้ ปัญหาเกี่ยวกับลายมือชื่อสัญญาอัจฉริยะว่าสามารถเป็นลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมาย สามารถยืนยันตัวตนของบุคคลในระบบบล็อกเชนอย่างไร และได้รับการรับรองหรือไม่

ในความเห็นผู้เขียน จากการวิเคราะห์ว่าการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ตามพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจครอบคลุมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีใหม่ๆ อย่างบล็อกเชน รวมไปถึงระบบอัตโนมัติของสัญญาอัจฉริยะซึ่งดำเนินการบนระบบบล็อกเชน ดังนั้น ข้อตกลงของสัญญาดังกล่าวที่ถูกลำดับไปแปลงเป็นโค้ดคอมพิวเตอร์นั้น สามารถแปลงกลับเป็นภาษามนุษย์เพื่อให้คู่สัญญาเข้าใจได้โดยการถอดรหัส เมื่อคู่สัญญาสามารถเข้าใจถึงข้อตกลงของสัญญาอัจฉริยะได้แล้ว และเนื่องด้วยบล็อกเชนมีลักษณะพิเศษที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขได้ การทำสัญญาระหว่างสัญญาอัจฉริยะจึงอาจเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงได้และสามารถนำกลับมาใช้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรา 8 วรรค 1⁵⁵ ของพระราชบัญญัติธุรกรรมทาง

⁵⁵ มาตรา 8 บัญญัติว่า

“มาตรา 8 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 9 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือมีเอกสารมาแสดง หรือกำหนดผลทางกฎหมายกรณีไม่ทำเป็นหนังสือ ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่มีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มีการจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือมีเอกสารมาแสดงตามที่กฎหมายกำหนด”.

อิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งกฎหมายให้ถือว่าได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว

และในส่วนลายมือชื่อ การพิจารณาว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของคู่สัญญาในการทำสัญญาอัจฉริยะจะได้รับการรับรองตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาจากวิธีการสร้างและเทคโนโลยีในการสร้างลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของสัญญาอัจฉริยะ ซึ่งลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของสัญญาอัจฉริยะได้ใช้เทคโนโลยีระบบกุญแจคู่โดยระบบกุญแจคู่หนึ่ง แต่ละบุคคลจะได้รับกุญแจคู่หนึ่ง ได้แก่ กุญแจส่วนตัวและกุญแจสาธารณะเพื่อใช้ในการตรวจสอบว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นของบุคคลนั้นจริงหรือไม่ โดยใช้วิธีการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปเข้ารหัสโดยใช้กุญแจสาธารณะและใช้กุญแจส่วนตัวในการถอดรหัส เพราะกุญแจส่วนตัวและกุญแจสาธารณะมีความสัมพันธ์เชิงคณิตศาสตร์ซึ่งกันและกัน หากกุญแจส่วนตัวและกุญแจสาธารณะไม่ใช่คู่เดียวกัน จะไม่สามารถถอดรหัสได้และทราบได้ในทันทีว่าบุคคลดังกล่าวไม่ใช่บุคคลคนเดียวกันหรือถูกปลอมมาและการเข้ารหัสเป็นวิธีการที่ทำให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถตรวจสอบได้ว่าการเปลี่ยนแปลงหรือไม่ เพราะหากได้ค่าที่ถอดรหัสมาจากต่างที่เข้ารหัส ก็สามารถทราบได้ทันทีว่าการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้น และการเข้ารหัสโดยใช้กุญแจสาธารณะถือเป็นการลงลายมือชื่อของเจ้าของกุญแจ หากมีการทำธุรกรรมได้อันกฎหมายกำหนดให้มีลายมือชื่อ ธุรกรรมนั้นถือว่าการลงลายมือชื่อแล้ว

ดังนั้น การใช้ระบบกุญแจคู่ ซึ่งสามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และรับรองความเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นของตน โดยหากคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อม ระบบกุญแจคู่ถือเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้ด้วยวิธีการเข้ารหัสและถอดรหัส ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของสัญญาอัจฉริยะจึงอาจเป็นการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 9⁵⁶ แห่งพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมได้และจึงได้รับการรับรองตามกฎหมายไทย

⁵⁶ มาตรา 9 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการลงลายมือชื่อ หรือกำหนดผลทางกฎหมาย กรณีที่ไม่มีการลงลายมือชื่อไว้ให้ถือว่าได้มีการลงลายมือชื่อแล้ว ถ้า

(1) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงเจตนาของเจ้าของลายมือชื่อ เกี่ยวกับข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และ

(2) ใช้วิธีการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(ก) วิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวง รวมถึงข้อตกลงใดที่เกี่ยวข้อง หรือ

(ข) วิธีการอื่นใดที่สามารถยืนยันตัวเจ้าของลายมือชื่อและสามารถแสดงเจตนาของเจ้าของลายมือชื่อตาม (1) ได้ด้วยวิธีการนั้นเองหรือประกอบกับพยานหลักฐานอื่น

วิธีการที่เชื่อถือได้ตามวรรคหนึ่ง (2) (ก) ให้คำนึงถึง

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เทคโนโลยีมีการพัฒนาให้ทันสมัยมากขึ้นเพื่อให้ความสะดวกสบายแก่นutzer ในการกระทำการต่างๆ และมีเทคโนโลยีใหม่ๆ เพิ่มมากขึ้นอย่างเทคโนโลยีบล็อกเชน กล่าวคือ บล็อกเชนเป็นระบบเครือข่ายในการเก็บข้อมูลหรือบัญชีธุรกรรมออนไลน์แบบหนึ่ง โดยมีลักษณะเป็นการกระจาย ซึ่งมีหน้าที่เก็บสถิติหรือประวัติการทำธุรกรรมทางการเงินและสินทรัพย์ชนิดอื่น ทั้งในปัจจุบันและอนาคต โดยไม่มีตัวกลาง ในช่วงแรกบล็อกเชนสามารถทำได้เพียงทำธุรกรรมเท่านั้น แต่ต่อมาได้มีการพัฒนามาจนถึงการนำเอาเงื่อนไขของสัญญามาให้มีการบังคับกันอย่างอัตโนมัติ เรียกว่า สัญญาอัจฉริยะซึ่งเป็นเงื่อนไขหรือข้อตกลงของสัญญาต่างที่ถูกจัดเก็บไว้ในรูปแบบโค้ดและถูกเก็บไว้ในเทคโนโลยีของบล็อกเชนเพื่อให้ยากแก่การแก้ไขและได้รับการพิสูจน์การทำงานว่าเป็นการทำธุรกรรมที่ต้องการ และหากมีการกระทำการที่ตรงตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญา ระบบก็จะดำเนินการทำธุรกรรมต่างๆ ตามข้อตกลงโดยอัตโนมัติโดยไม่ปราศจากการกระทำของมนุษย์

เนื่องด้วยปัญหาทั้งหมดที่ได้กล่าวมา ทำให้การตีความที่แตกต่างกันอันทำให้เกิดการตัดสินใจที่แตกต่างกัน ซึ่งจะทำให้ไม่มีความชัดเจนในการตัดสินใจและทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ จึงเป็นอุปสรรคในการนำสัญญาอัจฉริยะมาใช้ในประเทศไทย เนื่องด้วยสัญญาอัจฉริยะยังไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายไทย บุคคลทั่วไปและนิติบุคคลจึงยังไม่มั่นใจที่จะใช้สัญญาอัจฉริยะ

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอัจฉริยะในต่างประเทศ โดยศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี และพบบางพื้นที่ของสหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขกฎหมายให้รองรับสัญญาอัจฉริยะและประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ออกกฎหมายแม่แบบ ที่ประเทศไทยและนานาประเทศนิยมนำมาใช้บัญญัติกฎหมายของประเทศตนเอง กฎหมายของประเทศอังกฤษไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะจึงต้องอาศัยการตีความว่า

(1) ความมั่นคงและรัดกุมของการใช้วิธีการหรืออุปกรณ์ในการระบุตัวบุคคล สภาพพร้อมใช้งาน ของทางเลือกในการระบุตัวบุคคล กฎเกณฑ์เกี่ยวกับลายมือชื่อที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ระดับความมั่นคงปลอดภัยของการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การปฏิบัติตามกระบวนการในการระบุตัวบุคคลผู้เป็นสื่อกลาง ระดับของการยอมรับหรือไม่ยอมรับ วิธีการที่ใช้ในการระบุตัวบุคคลในการทำธุรกรรม วิธีการระบุตัวบุคคล ณ ช่วงเวลาที่มีการทำธุรกรรมและติดต่อสื่อสาร

(2) ลักษณะ ประเภท หรือขนาดของธุรกรรมที่ทำ จำนวนครั้งหรือความสม่ำเสมอ ในการทำธุรกรรม ประเพณีทางการค้าหรือทางปฏิบัติ ความสำคัญ มูลค่าของธุรกรรมที่ทำ หรือ

(3) ความรัดกุมของระบบการติดต่อสื่อสาร ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับการประทับตราของนิติบุคคลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย โดยอนุโลม."

กฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นจะหมายความรวมถึงระบบอัตโนมัติของสัญญาอัจฉริยะและรับรองการทำสัญญาอัจฉริยะด้วยหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของประเทศไทยมีการบัญญัติรับรองการทำสัญญาอัจฉริยะและควรแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ระบบข้อมูล ผู้ส่งข้อมูล ผู้รับข้อมูล ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ และหนังสือให้สามารถครอบคลุมไปถึงข้อความที่อยู่ในสัญญาอัจฉริยะ เพื่อให้รับรองการทำข้อเสนอและคำสนองบนสัญญาอัจฉริยะ ตลอดจนการเกิดและการมีผลบังคับใช้สัญญาอัจฉริยะโดยการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และทำให้การพิจารณาของศาลมีความเป็นหนึ่งเดียวมากขึ้น นอกจากนี้เพื่อให้สัญญาอัจฉริยะได้ถูกนำมาใช้ในประเทศไทยเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ต่อไปในอนาคต

บรรณานุกรม

- กรณ์ โสติพันธ์. **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง. “กระบวนการในการเกิดสัญญา.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2552.
- โครงสร้างการเข้ารหัสข้อมูลแบบกุญแจสาธารณะ (Public Key Infrastructure) [Online], available URL: <https://na5cent.blogspot.com/2012/04/public-key-infrastructure.html>, 2555 (เมษายน, 3).
- ทพพล น้อยปัญญา. **กฎหมายเรื่อง BitcoinBlockchain ICO and etc.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- พินัย ณ นคร. **กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในยุคดิจิทัล**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- พิเศษ เสตเสถียร. **กฎหมาย Blockchain** [Online]. Available URL: <https://thaipublica.org/2016/11/pises-blockchain/>, 2559 (พฤศจิกายน, 23).
- พีรพัฒน์ หาญคงแก้ว และ ณิชชนน โพธิ์เงิน. **Bitcoin&Blockchain 101 เงินดิจิทัลเปลี่ยนโลก**. กรุงเทพมหานคร: Stock2morrow, 2561.
- พูนศักดิ์ ส่องกานต์. “เทคโนโลยี Blockchain: นวัตกรรมใหม่ที่น่าจับตามอง.” **เศรษฐศาสตร์และบริหารธุรกิจปริทัศน์** 13, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2560).
- ศันท์กรณ์ โสติพันธ์. **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**. แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ศูนย์กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, สำนักกฎหมาย, สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) และกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. **สัญญาต้องเป็นสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน), 2559.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. **กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2479.
- อาณัติ ลีมคเดช. **Evolution of Money from Cowries to Crypto Currency วิวัฒนาการของเงินจากหอยเบี้ยสู่คริปโตเคอเรนซี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เกรท ไอเดีย, 2561.
- อาทิตย์ ออกเวหา. “Digital Signatures เป็นการลงลายมือชื่อตามกฎหมายหรือไม่.” **ตุลพาท** (พฤษภาคม-สิงหาคม 2543).
- Aayushi Dhawan. **Alibaba accepts Blockchain-based Remittance Service Coinfrenzy** [Online]. Available URL: <https://coinfrenzy.io/alibaba-blockchain-remittance>, 2018 (July, 1).

- Aepli, Fabien & Nurith Cohen. “Smart Contracts, simply explained.” **Mangeat** (2017).
- Alliance, Smart Contract. “SMART CONTRACTS: Is the Law Ready?.” **The Chamber of Digital Commerce** (2018).
- Andrews, Neil. **Contract Rules**. England: Intersentia, 2016.
- Beam. **Cryptocurrency คืออะไร และคุณควรที่จะลงทุนกับมันหรือไม่** [Online]. Available URL: <https://siamblockchain.com/2018/03/11/cryptocurrency-%E0%B8%84%E0%B8%B7%E0%B8%AD-%E0%B8%AD%E0%B8%B0%E0%B9%84%E0%B8%A3/>, 2561 (มีนาคม, 11).
- Bit Wired Blog. **Smart Contract: สัญญาอัจฉริยะ อีกระดับหนึ่งของบล็อกเชน** [Online]. Available URL: <https://bitwiredblog.com/2018/06/02/smart-contract/>, 2561 (มีนาคม, 11).
- Blockchain. **Fish Team, ยุคของ Blockchain** [Online]. Available URL: <https://blockchain.fish/age-blockchain/>, 2559 (กันยายน, 5).
- Blum, Brian A. **Contracts**. 4th edition. United States of America: Aspen Publishers, 2007.
- Boonyaornnapombejra. “The Rise of Blockchain: an Analysis of the Enforceability of Blockchain Smart Contracts.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2559.
- DIGITAL VENTURES. **Smart Contract – อีกหนึ่งเทคโนโลยีต่อยอดของBlockchainที่ควรต้องรู้** [Online]. Available URL: <http://dv.co.th/blog-th/smart-contract-blockchain/>, 2560.
- Frey, Martin A. and Phyllis Hurley Fray. **Essentials of Contract Law**. Canada: West Legal Studies, 2001.
- Fulbright, Norton roe. “Can Smart Contract be legally binding contracts?.” **An R3 and Norton Rose Fulbright white paper** (2016).
- Get Smart. **Blockchaintechnology ถนนสายใหม่ เชื่อมโลกดิจิทัลไร้พรมแดน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เกรท ไอเดีย, 2561.
- Gord, Michael. **Smart Contracts Described by Nick Szabo 20 Years Ago Now Becoming Reality** [Online]. Available URL: <https://bitcoinmagazine.com/articlesmart-contracts-described-by-nick-szabo-years-ago-now-becoming-reality-1461693751/>, 2016 (October, 29).
- Gupta, Manav. **Blockchain for dummies**. United States of America: John Wiley & Sons, Inc, 2017.

Hsiao, Jerry I-H. "Smart Contract on the Blockchain-Paradigm Shift for Contract Law." **US-China Law Review** Volume 14 (2017).

it24hrs. **Blockchain คืออะไร?** [Online]. Available URL: <https://www.it24hrs.com/2018/block-chain-what-is-blockchain/>, 2561 (มีนาคม, 31).

Jayapol Chiewpitayakarn. **ดูไบ เตรียมตัวสร้างศาลที่ใช้เทคโนโลยี Blockchain ในการดำเนินการ** [Online]. Available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/31/dubai-plans-to-disrupt-its-own-legal-system-with-blockchain>, 2561 (กรกฎาคม, 31).

Jiraboon Narktong. **รายงาน: โรงหนัง Major Cineplex ในไทยเตรียมรับเหรียญ Cryptocurrency** [Online]. Available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/30/movie-theater-chain-thailand-crypto>, 2561 (กรกฎาคม, 30).

Jirapas Siribunchawan. **ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เปิดตัวแพลตฟอร์มสำหรับการระดมทุน ที่ทำงานอยู่บน Blockchain** [Online]. Available URL: <https://siamblockchain.com/2018/05/10/set-launch-crowdfunding-platform-blockchain/>, 2561 (พฤษภาคม, 17).

_____. **ธนาคารที่มีสินทรัพย์โดยรวมมากที่สุดในโลกได้ทำการปล่อยกู้ด้วย Blockchain สำเร็จ** [Online]. Available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/31/banking-giant-trials-blockchain-for-issuance-of-land-backed-loans>, 2561 (กรกฎาคม, 31).

_____. **บริษัท Nokia เปิดให้ลูกค้าของพวกเขาสร้างรายได้จากข้อมูลของตนเองผ่าน Blockchain** [Online]. Available URL: <https://siamblockchain.com/2018/05/17/streamr-announces-partnership-with-nokia-osisoft/>, 2561 (พฤษภาคม, 17).

JK, CFP. **ทำความรู้จัก บล็อกเชน (Blockchain) ว่าคืออะไร ปลอดภัยแค่ไหน** [Online]. Available URL: <https://rabbitfinance.com/blog/what-is-blockchain-technology>, 2561 (มีนาคม, 11).

John Cartwright. **Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer**. United States of America: Hart Publishing, 2007.

Kathleen Mercer Reed and Henry R. Cheeseman. **Contract law for paralegals Traditional and E-contracts**. United State of America: Pearson Education, 2008.

Knowled. **Blockchain คืออะไร ???** [Online]. Available URL: <https://www.aripfan.com/what-is-blockchain/>, 2561 (มีนาคม, 11).

McCarthy, Kevin T. "BlockchainSmart Contacts." **Commercial Litigation** (2018).

Mckendrick, Ewan. **Contract Law**. 11th edition. England: Palgrave, 2015.

Michael Gord. **Smart Contracts Described by Nick Szabo 20 Years Ago Now Becoming Reality** [Online]. Available URL: <https://bitcoinmagazine.com/articles/smart-contracts-described-by-nick-szabo-years-ago-now-becoming-reality-1461693751/>, 2016 (October, 29).

Nanta Janpitak. **New Business Models: Making it rain on the blockchain ธุรกิจรูปแบบใหม่ : ทำเงินให้โปรยมาตั้งฝนบนบล็อกเชน** [Online]. Available URL: [https://www.Facebook.com/notes/nanta-janpitaknew-business-models-making-it-rain-on-the-blockchain-%E0%B8%98%E0%B8%B8%E0%B8%A3%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B8%9B%E0%B9%81%E0%B8%9A%E0%B8%9A%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B9%88-%E0%B8%97%E0%B8%B3%E0%B9%80%E0%B8%87%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B9%89%E0%B9%82/10155552587138933/](https://www.Facebook.com/notes/nanta-janpitaknew-business-models-making-it-rain-on-the-blockchain-%E0%B8%98%E0%B8%B8%E0%B8%A3%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B8%9B%E0%B9%81%E0%B8%9A%E0%B8%9A%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B9%88-%E0%B8%97%E0%B8%B3%E0%B9%80%E0%B8%87%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B9%89%E0%B9%82/10155552587138933/,2561), 2561 (พฤษภาคม, 17).

Raskin, Max. "THE LAW AND LEGALITY OF SMART CONTRACTS." **GEO.L. TECH. REV.** Volume 1 (2017).

Reed, Kathleen Mercer and Hen R. Cheeseman. **Contract Law for Paralegals Traditional and E-contracts**. United States of America: Pearson Education, 2009.

Smith, Orn. **ทำความเข้าใจ Blockcahin ใน 5 นาที สำคัญอย่างไรและเกี่ยวข้องกับ Fntech** [Online]. Available URL: <https://techsauce.co/tech-and-biz/understand-blockchain-in-5-minutes/>, 2559 (ตุลาคม, 29).

Techsauce Team. **TADA แอปเรียกแท็กซี่บน Blockchain ค่าเรียกถูกกว่าครึ่ง เริ่มให้บริการในสิงคโปร์แล้ว** [Online]. Available URL: <https://techsauce.co/news/tada-blockchain-based-ride-hailing-service>, 2561 (กรกฎาคม, 31).

_____. **ธนาคาร Tokyo Mitsubishi UFJ ทดสอบการนำ Blockchain มาใช้จัดการ Smart Contract กับคู่ค้า** [Online]. Available URL: <https://techsauce.co/fintech/tokyo-mitsubishi-ufj-test-smart-contract-management-on-blockchain/>, 2560 (กันยายน, 17).

Thomas, Melinda R. **Contract Law for Paralegals**. United States of America: West Publishing, 1997.

Turner, Chris. **Unlocking Contract Law**. 2nd edition. England: Hodder Education, 2007.

Wikipedia. **Smart Contract** [Online]. Available URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Smart_contract, 2018 (March, 11).

_____. **บล็อกเชน** [Online]. Available URL: <https://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%9A%E0%B8%A5%E0%B9%87%E0%B8%AD%E0%B8%81%E0%B9%80%E0%B8%8A%E0%B8%99>, 2561 (มีนาคม, 11).

Willis, Hugh E. “Restatement of the Law of Contracts of the American Law Institute.” **Indiana Law Journal** volume 7 (1932).

Wiput Watanasupt. **GMO เปิดตัว Internet Banking ที่จะใช้ Blockchain ในการชำระเงิน** [Online]. Available URL: <https://siamblockchain.com/2018/07/18/gmos-new-internet-bank-will-settle-payments-with-blockchain>, 2561 (กรกฎาคม, 18).

_____. **โรงเรียนแพทย์ ICAHN School เปิดตัวศูนย์วิจัยที่มุ่งเน้น Blockchain ด้านสุขภาพ** [Online]. Available URL: <https://siamblockchaincom/2018/07/31/mount-sinai-hospital-to-explore-blockchain-applications/>, 2561 (กรกฎาคม, 31).

Yanapa Supradit. **เวลาและสถานที่ ที่สัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เกิด** [Online]. Available URL: http://onlineconsumerprotection.blogspot.com/p/1_29.html, 2561 (มีนาคม, 11).

[Online]. Available URL: <https://chain.com.>, 2561 (มีนาคม, 11).

[Online]. Available URL: <https://www.cryptokitties.co/>, 2560 (กันยายน, 17).

[Online]. Available URL: <https://www.smartcontractthailand.com/>, 2560 (กันยายน, 17).

ปัญหาการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดก
ที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม

ปิยะรัตน์ แก้วงาม

ปัญหาการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม*

Problems of the Management of Copyright as
an Inheritance for Statutory Heirs

ปิยะรัตน์ แก้วงาม**

Piyarat Kaewngam

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดก การบริหารจัดการธรรมสิทธิที่เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และศึกษาเกี่ยวกับองค์การจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ ประกอบกับศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยเรื่อง มรดก รวมถึงวิเคราะห์แนวทาง แก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง ปัญหาการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณ และรองศาสตราจารย์ ดร.วิณัฐา แสงสุข คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ อาจารย์ ดร.จุมพล ภิณโณสินวัฒน์, รองศาสตราจารย์ ดร.สุมาลี วงษ์จิตต์ และ อาจารย์ ดร.วัชร เนติวานิชย์.

This article is a part of thesis “Problems of the Management of Copyright as an Inheritance for Statutory Heirs”. This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at Ramkhamhaeng University. Associate Professor Dr.Prapasri Buasawan and Associate Professor Dr.Winatta Saengsook is an advisors. Dr.Chumpol Pinyosinwat, Associate Professor Dr.Sumalee Wongwiti and Dr.Watchara Netiwavanare examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: piyaratkaewngam@hotmail.com.

LL.M. Candidate in Intellectual Property and International Trade Law, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 25 มีนาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 19 เมษายน 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 23 เมษายน 2562.

ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ที่มีความพิเศษแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปที่ไม่ใช่สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่สามารถใช้หาประโยชน์ได้ในเชิงพาณิชย์และอาจถือเอาได้ ครั้นเมื่อผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของงานลิขสิทธิ์ถึงแก่ความตาย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 17 บัญญัติให้ลิขสิทธิ์นั้น สามารถตกทอดได้โดยทางมรดก แต่กลับมิได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงเรื่องวิธีการจัดการลิขสิทธิ์ที่ตกเป็นทรัพย์สินมรดกไว้เป็นการเฉพาะหากภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ถึงแก่ความตาย และต้องนำงานลิขสิทธิ์มาจัดการเพื่อแบ่งปันให้แก่ทายาท จึงทำให้เกิดปัญหาในการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมขึ้น

ผลการศึกษาพบว่า ปัญหาการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมนั้น ยังมีประเด็นปัญหาในเรื่องการจัดการผลประโยชน์ที่ไม่ครอบคลุมถึงการบริหารจัดการสิทธิ โดยเฉพาะสิทธิในทางเศรษฐกิจ ตามมาตรา 15 และปัญหาการบริหารจัดการสิทธิที่เป็นธรรมสิทธิ ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 รวมถึงปัญหาการนำองค์การจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เข้ามาดูแลจัดการผลประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์ที่เป็นมรดกของทายาท

ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาการจัดการลิขสิทธิ์ โดยให้นำหลักการจัดตั้งผู้จัดการมรดก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ รวมถึงให้ผู้จัดการมรดกทำหน้าที่เป็นตัวแทนในการดูแลจัดการผลงานลิขสิทธิ์ที่ตกทอดเป็นมรดก และควรให้องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เป็นผู้ดูแลค่าตอบแทนในผลงานลิขสิทธิ์ที่เกิดจากการใช้ลิขสิทธิ์โดยกระทำผ่านตัวแทน คือ ผู้จัดการมรดก รวมถึงการผลักดันร่างพระราชบัญญัติองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง และร่างพระราชบัญญัติจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงโดยประธานคณะทำงานยกร่างกฎหมายของกรมทรัพย์สินทางปัญญาและโฆษกคณะกรรมการวิสามัญของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สร้างความมั่นใจแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ รวมถึงทายาท ผู้รับมรดกที่ต้องการนำเอางานลิขสิทธิ์ไปหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ว่าจะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรม โปร่งใส และตรวจสอบได้ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

Abstract

In this thesis, the researcher examines the historical background, concepts, theories, and legal principles concerning the management of copyright as an inheritance and the management of moral rights as an inheritance by statutory heirs in accordance with the Copyright Act, B.E. 2537 (1994). The researcher also studies organizations collecting copyright charges and the Civil and Commercial Code, Book 6 on inheritance. Furthermore, the researcher proffers guidelines for solving problems concerning the management of copyright as an inheritance for statutory heirs.

Copyright is a type of intellectual property that is special and different from general property, in that it is neither movable nor immovable property. It is a type of right that may be used for commercial benefits and may be an assumed right. When the creator or the owner of a copyrighted work dies, the Copyright Act, B.E. 2537 (1994), Section 17, prescribes that the copyright can be inherited as an inheritance. However, there is no provision that covers methods for managing copyrights as inheritance in a specific manner. After the creator or the owner of a copyrighted work dies, the copyrighted work is to be handled in such fashion that it can be shared among heirs. However, at this point, a problem arises regarding the management of copyright as inheritance for statutory heirs.

Findings show that the management of copyright as inheritance for statutory heirs still poses a problem regarding the management of benefits that does not cover the management of rights, especially economic rights in accordance with Section 15, as well as the problem of the management of moral rights in accordance with Section 18 of the Copyright Act, B.E. 2537 (1994). In addition, a problem is found regarding an organization with a purpose to collect copyright charges so as to take care of benefits accruing from the copyrighted work as an inheritance of heirs.

With these problems in view, the researcher proffers the following guidelines to solving problems in the management of copyright. In the view of the researcher, the principle of appointing an administrator of the estate in accordance with the Civil and Criminal Code should be adapted to the management of copyright. The administrator would function as a representative in supervising and managing

copyrighted works as inheritance. The organization collecting copyright charges resulting from the use of copyright should take care of the remuneration for copyrighted work through a representative of an administrator.

A Draft Act of An Organization Managing the Collection of Copyright Charges and the Rights of Performers should be mobilized, as well as a Draft Act of the Collection of Copyright Charges and the Rights of Performers. The Chairperson of the Working Committee to draft these laws should be from the Department of Intellectual Property and the spokesperson of the Extraordinary Committee of the National Legislative Assembly. These members of the committee for considering the draft law should inspire confidence in the creator or the copyright, as well as in the heirs who would like to use copyrighted work to reap commercial benefits. As such, the copyright owner and heirs would receive remuneration from the use of the rights in a just and transparent manner that can be verified as falling under the protection of such an Act.

คำสำคัญ: การจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดก, สิทธิในทางเศรษฐกิจ, ธรรมสิทธิ

Keywords: copyright's management about inheritance, economic rights, moral rights

1. บทนำ

ลิขสิทธิ์ (Copyright) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่ถูกผู้สร้างสรรค์เลือกที่จะสร้างสรรค์ผลงานในรูปแบบ งานวรรณกรรม งานศิลปกรรม งานดนตรีกรรม งานนาฏกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ¹ เป็นต้น โดยผู้สร้างสรรค์ต้องมีการคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ต้องใช้ความรู้ความชำนาญและความอุตสาหพยายาม ตลอดจนพิจารณาของตนเองมิได้ไปคัดลอกผลงานผู้อื่นและงานดังกล่าวต้องแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) ที่สามารถสื่อไปยังผู้อื่นได้โดยปรากฏเป็นรูปร่างที่สามารถจับต้องสัมผัสได้ อีกทั้งต้องเป็นงานที่กฎหมายรับรอง คือ ต้องเป็นงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์² โดยที่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ที่จะกระทำการใดๆ แก่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้น เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือทำสำเนา รวมทั้งการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิได้ซึ่งถือเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Rights)³ ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ที่ให้ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถนำงานของตนไปใช้หาประโยชน์ได้อย่างเต็มที่

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ยังให้ความคุ้มครองธรรมสิทธิ (Moral Rights) เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้รับโอนงานหรือบุคคลอื่นใด บิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์และเมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายทายาทของผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่ฟ้องร้องบังคับตามสิทธิดังกล่าวได้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น โดยการทำเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 17 จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์ให้ลิขสิทธิ์นั้นสามารถโอนให้แก่กันได้ โดย 2 วิธี คือ 1. การโอนลิขสิทธิ์โดยทางนิติกรรม 2. การโอนโดยทางมรดก⁴

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาถึงการตกทอดเป็นมรดกของลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาแล้วพบว่า นอกจากตัวผลงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว สิทธิที่เกิดขึ้นจากตัวผลงานนั้นก็สามารถตกทอดเป็นมรดกไปยังทายาทด้วยเช่นเดียวกัน การจะนำสิทธิในผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาแบ่งปันกันเพื่อให้ทายาทได้ส่วนที่เท่าๆ กัน เช่นเดียวกับการจัดการมรดกที่เป็นทรัพย์สินทั่วไปนั้น เป็นเรื่องที่ทำได้ยากในรายละเอียด

¹พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537, มาตรา 6.

²อรพรรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (ฉบับปรับปรุงใหม่), พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 26.

³ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549), หน้า 122.

⁴จิรศักดิ์ รอดจันทร์, ลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 71.

ของการจัดการ ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยเรื่อง มรดก ก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การจัดการมรดกที่เป็นลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะ หรือแม้แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 17 ก็ได้บัญญัติให้เห็นถึงหลักเกณฑ์และวิธีการจัดการลิขสิทธิ์ภายหลังที่ตกทอดเป็นมรดกไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากงานลิขสิทธิ์ที่กฎหมายคุ้มครองนั้นมีหลายประเภท เช่น งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง เป็นต้น ซึ่งแต่ละประเภidl้วนแล้วแต่มีมูลค่าในตัวเองที่แตกต่างกัน หรือแม้แต่ผลงานประเภทเดียวกัน จากผู้สร้างสรรค์คนเดียวกัน ก็ยังมีมูลค่าที่แตกต่างกันด้วย เช่น ผลงานดนตรีกรรมของผู้แต่ง ก. โดย ก. แต่งเพลง 10 เพลง แต่มูลค่าของเพลงที่ประพันธ์ขึ้นแตกต่างกัน มูลค่ากับชื่อเสียงความนิยม ความแพร่หลายของบทเพลง ซึ่งหากเพลงที่ ก. ประพันธ์ เพลงใดได้รับความนิยมมาก มูลค่าของเพลงนั้นก็ย่อมมีมากกว่าเพลงอื่นๆ ที่ ก. แต่ง ต่อมาหาก ก. ตาย และ ก. มิได้ทำพินัยกรรมยกผลงานเพลงเหล่านั้นให้แก่ผู้ใดไว้ ผลงานของ ก. ย่อมเป็นมรดกตกทอดไปยังทายาทโดยผลของกฎหมายลิขสิทธิ์ มาตรา 17 แต่ด้วยความแตกต่างของมูลค่าในผลงาน ทำให้เกิดปัญหาว่าการจัดการทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นมรดกดังกล่าวนั้น จะจัดการกันอย่างไร เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์มิได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ หากต้องนำบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการจัดการมรดกในลักษณะของทายาทโดยธรรม ตามมาตรา 1629 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้จะสามารถทำได้หรือไม่ และจากกรณีตัวอย่างของ ก. หาก ก. มีบุตร 4 คน มีบิดา มารดา และภริยา การแบ่งมรดกตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องนำผลงานลิขสิทธิ์มาจัดการแบ่งส่วนเท่ากัน เช่น ผลงาน 10 เพลง ทายาทมี 7 คน และแบ่งส่วนเท่าๆ กัน คือ 7 ส่วนอันเป็นการพิจารณาแบ่งทรัพย์สินซึ่งเป็นไปตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ด้วยลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไป เพราะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแบ่งแยกหรือจัดการให้เป็นสัดส่วนที่เท่ากันได้ ประกอบกับมูลค่าของผลงานก็มีความแตกต่างกัน การจะเอาผลงานลิขสิทธิ์มาจัดการเพื่อแบ่งปันมรดกโดยใช้วิธีการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะสามารถทำได้หรือไม่ อีกทั้ง เรื่องของธรรมสิทธิ (Moral Rights) ที่ตกทอดไปพร้อมกับผลงานลิขสิทธิ์ ทายาทจะบริหารจัดการสิทธิกันอย่างไร เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยมิได้บัญญัติไว้ในรายละเอียดแห่งการจัดการที่ชัดเจนซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษและกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสที่ได้บัญญัติถึงบุคคลที่มีอำนาจในการดูแลและบริหารจัดการธรรมสิทธิไว้อย่างชัดเจน จึงก่อให้เกิดปัญหาในการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมขึ้น

บทความนี้มุ่งศึกษาวิเคราะห์ถึงลักษณะทางกายภาพของทรัพย์สินทางปัญญาว่ามีความพิเศษแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปอย่างไร และภายหลังที่ทรัพย์สินทางปัญญตกทอดเป็นมรดกจะมีวิธีการและหลักเกณฑ์ในการจัดการอย่างไร รวมถึงศึกษารายละเอียดของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสที่มีการบัญญัติถึงหลักการจัดการมรดกที่เป็นลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะ อีกทั้งศึกษา

ร่างพระราชบัญญัติองค์กรบริหารจัดการเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง และร่างพระราชบัญญัติจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง หากภายหลังทนายาทต้องการให้องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เข้ามาดูแลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตกทอดเป็นมรดก

2. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และการจัดการทรัพย์สินมรดก

คำว่า ลิขสิทธิ์ มาจากคำว่า สิทธิในการคัดลอก หรือ Right to Copy⁵ หมายความว่า สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการใดๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ที่เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น ลิขสิทธิ์จึงหมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ของผู้สร้างสรรค์ที่จะกระทำการใดๆ อันเกี่ยวกับงานที่ตนได้สร้างสรรค์ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ เช่น ทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชนและอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิจากงานนั้น เป็นต้น

2.1 เหตุผลในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์

การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์โดยทั่วไปเป็นเรื่องของการส่งเสริมให้ผู้สร้างสรรค์เริ่มสร้างสรรค์งานศิลปกรรมและวรรณกรรมมากขึ้น เพื่อให้สังคมส่วนรวมได้รับประโยชน์และเกิดความเป็นธรรม รวมถึงเป็นหลักประกันสำหรับผู้สร้างสรรค์ที่ใช้สติปัญญาความรู้ ความชำนาญในการสร้างสรรค์ผลงาน โดยที่ผู้อื่นไม่สามารถทำเลียนได้ นอกจากนี้ก็เพื่อความยุติธรรมแก่ผู้สร้างสรรค์เพื่อสนับสนุนทางด้านเศรษฐกิจที่ผู้สร้างสรรค์ได้ลงทุนลงแรงไปและส่งเสริมการเผยแพร่วิชาการและวัฒนธรรมในอีกทางหนึ่งอีกด้วย⁶

2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์

2.2.1 ทฤษฎีเสรีนิยมมองว่า บรรดาสิ่งสร้างสรรค์จากความนึกคิดหรือภูมิปัญญาของมนุษย์ ควรให้สาธารณชนโดยทั่วไปได้ใช้ประโยชน์อย่างเสรี เพื่อเป็นการส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมของประเทศให้เจริญก้าวหน้า เพราะความคิดของมนุษย์ไม่ควรเป็นสิ่งสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นได้จากบุคคลอย่างแท้จริง ต้องอาศัยการได้รับแรงบันดาลใจจากความคิดของบรรพบุรุษ

⁵ สมหมาย จันทรเรือง, “ลิขสิทธิ์” ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2555), หน้า 58-59.

⁶ ปภาศรี บัวสวรรค์, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), หน้า 12.

ดังนั้น ประโยชน์อันเกิดจากสิ่งสร้างสรรค์จึงสมควรตกเป็นของสังคม และให้สังคมสามารถใช้ได้อย่างเสรี มีใช้สมบัติของผู้สร้างสรรค์เพียงผู้เดียวเท่านั้น

2.2.2 ทฤษฎีประโยชน์ตอบแทน ให้เหตุผลว่า รัฐควรให้ประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์เพื่อตอบแทนการที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะสร้างสรรค์ผลงานนั้นขึ้นให้สาธารณชนได้ศึกษาเรียนรู้ เพราะสาธารณชนจะเป็นผู้กำหนดว่า ผู้สร้างสรรค์จะได้รับประโยชน์ตอบแทนเท่าใด กล่าวคือหากงานอันมีลิขสิทธิ์มีคุณประโยชน์มาก สาธารณชนย่อมให้ความสนใจงานนั้นมากเช่นกัน อันจะนำไปสู่ผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในที่สุด⁷

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องทรัพย์สิน

การแบ่งประเภทของทรัพย์สินทางทฤษฎีอาจแบ่งได้หลายวิธี เช่น กฎหมายโรมันแบ่งทรัพย์สินออกเป็น ทรัพย์สินมีรูปร่าง (Corporeal Property) กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Incorporeal Property) ส่วนกฎหมายอังกฤษมีการแบ่งทรัพย์สินออกเป็นทรัพย์สินเคลื่อนที่ได้ (Movable Property) กับทรัพย์สินเคลื่อนที่ไม่ได้ (Immovable Property)

ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง⁸

ทรัพย์สิน หมายความว่า รวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้⁹

เพื่อให้ได้ความหมายที่แท้จริงและชัดเจนยิ่งขึ้น จึงต้องนำหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 มาตรา 138 คำว่า “ทรัพย์สิน” และคำว่า “ทรัพย์สิน” มาพิจารณาประกอบกัน คือ “ทรัพย์สิน” นอกจากจะหมายถึง วัตถุมีรูปร่างแล้วยังต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย ส่วนคำว่า “ทรัพย์สิน” นั้น หมายถึง วัตถุมีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ ประการหนึ่ง และยังหมายถึง วัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้อีกประการหนึ่งด้วย การที่ต้องนำเอาทรัพย์สินมาประกอบกับทรัพย์สินด้วยนั้นก็เพราะว่า ทรัพย์สินต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ เมื่อทรัพย์สินก็เป็นทรัพย์สินส่วนหนึ่ง ฉะนั้นทรัพย์สินจึงต้องเป็นวัตถุมีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้เช่นเดียวกัน¹⁰

⁷ อำนาง เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 16-17.

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 137.

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 138.

¹⁰ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2550), หน้า 4.

3.1.1 ลักษณะสำคัญของทรัพย์สินและทรัพย์สิน

ทรัพย์สิน (Things) คือ วัตถุที่มีรูปร่าง ซึ่งได้แก่สิ่งที่มองเห็นได้ด้วยตา จับต้องสัมผัสได้ เช่น สมุด ปากกา โต๊ะ เก้าอี้ วัว ควาย เป็นต้น ส่วนทรัพย์สิน (Property) คือ วัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่รูปร่างก็ได้ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้¹¹

ทรัพย์สินและทรัพย์สินจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการดังกล่าวหากขาดหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งข้อใดไป ก็จะเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินไม่ได้ สำหรับคำว่า “วัตถุที่มีรูปร่าง” หมายถึง สิ่งที่ได้เห็นได้ด้วยตา จับต้องสัมผัสได้ ส่วน คำว่า “วัตถุไม่มีรูปร่าง” หมายถึง สิ่งที่ไม่เห็นจับต้องสัมผัสไม่ได้ ไม่มีส่วนสัด ไม่มีรูปร่าง ซึ่งเป็นคุณสมบัติที่ไม่มีสภาพอยู่ตามธรรมชาติเลย แต่มีสถานภาพทางกฎหมายเท่านั้น และยังหมายความรวมถึงสิทธิต่างๆ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือทรัพย์สินที่กฎหมายรับรองไว้ด้วย เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัยฯ เป็นต้น¹² คำว่า “ซึ่งอาจมีราคา” หมายความว่า สิ่งนั้นๆ มีค่าอยู่ในตัวของมันเอง มิใช่หมายความว่า ราคาที่จะซื้อขายกันในท้องตลาด “ราคา” หมายถึง คุณค่าในตัวสิ่งของนั่นเอง และคำว่า “ถือเอาได้” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 นั้น ไม่ได้หมายความว่า การหยิบจับถือเอาด้วยมือ ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Appropriated หมายความว่า การถือสิทธิ เช่น ลิขสิทธิ์เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจจับต้องสัมผัสได้ แต่ก็ยังเป็นวัตถุที่ถือสิทธิเอาได้ จึงเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายคำว่า “อาจถือเอาได้” นั้นเพียงแต่ว่า อาจถือเอาได้เท่านั้นก็เพียงพอแล้ว แต่ในกรณีของสิทธิ เป็นวัตถุแห่งสิทธิไม่มีรูปร่างซึ่งจะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นั้น ต้องเป็นสิทธิที่มีกฎหมายรับรองเอาไว้ ถ้าไม่มีกฎหมายรับรองไว้ สิทธินี้ย่อมมีไม่ได้ สิทธินี้ก็ไมอาจเป็นทรัพย์สินได้ด้วย

3.1.2 ประเภทของทรัพย์สินแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

3.1.2.1 อสังหาริมทรัพย์หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย¹³

3.1.2.2 สงหาริมทรัพย์หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากการอสังหาริมทรัพย์ และหมายความรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย¹⁴

¹¹มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 15-16.

¹²บัญญัติ สุชีวะ, เรื่องเดิม, หน้า 7.

¹³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 139.

¹⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 140.

3.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก

มรดก คือ ทรัพย์สินทุกชนิดรวมทั้งสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ ของผู้ตาย เว้นแต่ ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะของผู้ตายโดยแท้¹⁵

3.2.1 ประเภทของทายาท

ตามกฎหมายแล้วถือว่า มรดกที่จะตกทอดไปยังทายาท เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย บุคคลที่ถือว่ามรดกได้รับมรดกได้นั้น อาจเป็นได้ทั้งทายาทที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับผู้ตาย และ ทายาทที่อาจไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับผู้ตายเลย ดังนั้น เราสามารถแบ่งทายาทผู้มีสิทธิรับมรดก ได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ ทายาทโดยธรรมและทายาทผู้รับพินัยกรรม¹⁶

3.2.1.1 ทายาทโดยธรรม คือ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือทางเครือญาติ กับผู้ตาย เช่น บุตร หลาน บิดา มารดา พี่น้อง ปู่ ย่า ตา ยาย หรือ ลุง ป้า น้า อา เป็นต้น เมื่อกฎหมาย เรียกบุคคลนี้ว่า ทายาทโดยธรรม เราจึงมักเรียกสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมว่า “สิทธิโดยธรรม” มิได้หมายความว่า บุคคลทุกคนที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับผู้ตายมีฐานะเป็น ทายาทโดยธรรมไปเสียหมด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดลำดับทายาทไว้เพียงหกลำดับ เท่านั้นโดยคำนึงถึงประเพณีทางสังคม และความเกี่ยวพันทางสายเลือดกับเจ้ามรดกเป็นหลักคือ

- 1) ผู้สืบสันดาน
- 2) บิดามารดา
- 3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- 4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- 5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- 6) ลุง ป้า น้า อา

นอกจากนั้นกฎหมายยังกำหนดให้คู่สมรสที่มีทะเบียนถูกต้อง ถือเป็นทายาท โดยธรรมเป็นกรณีพิเศษ เมื่อมีการแบ่งมรดกต้องจัดให้คู่สมรสอยู่ในลำดับเดียวกับผู้สืบสันดานด้วย¹⁷

3.2.1.2 ทายาทผู้รับพินัยกรรม คือ บุคคลที่ผู้ตายได้ทำพินัยกรรมไว้โดยระบุให้มี สิทธิได้รับทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งหรือแม้กระทั่งทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ตาย ในบางกรณีทายาทผู้รับ พินัยกรรมก็อาจจะเป็นเครือญาติหรือผู้มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดของผู้ตาย โดยที่ผู้ตายได้ทำ

¹⁵ พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรม-ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551), หน้า 9.

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1603.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1629.

พินัยกรรมไว้ เช่น บิดาเจ้ามรดกก่อนตายได้ทำพินัยกรรมแบ่งมรดกให้กับลูกๆ ของตนตามส่วนเท่าๆ กัน เป็นต้น¹⁸

3.2.2 ผู้จัดการมรดก

ผู้จัดการมรดกเกิดขึ้นในกรณีที่เจ้ามรดกที่มีทรัพย์สินและหนี้สินที่มีจำนวนไม่มากนัก หากสามารถตกลงกันได้ก็จะสามารถแบ่งทรัพย์สินกันจนเรียบร้อยและไม่เกิดข้อขัดแย้งกัน แต่ในทางปฏิบัติถ้าหากเจ้ามรดกมีทรัพย์สินและหนี้สินจำนวนมาก และอาจเกิดปัญหาในการแบ่งปันมรดกกัน ระหว่างทายาท หรือการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก็ได้ หรือธนาคารไม่ยอมให้ทายาทถอนเงินฝากในบัญชีของผู้ตายนอกจากจะมีคำสั่งศาลตั้งผู้จัดการมรดกเสียก่อน จึงจะดำเนินการจัดการมรดกให้เรียบร้อยได้ ดังนั้น การร้องขอจัดตั้งผู้จัดการมรดก จึงเป็นวิธีการหนึ่งที่สามารถลดเหตุขัดข้องในการจัดการทรัพย์สินมรดกที่ไม่ลงตัวได้

3.2.2.1 การตั้งผู้จัดการมรดก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1711 บัญญัติว่า ผู้จัดการมรดกนั้นรวมตลอดทั้งบุคคลที่ตั้งขึ้นโดยพินัยกรรมหรือโดยคำสั่งศาล

1) ผู้จัดการมรดกโดยพินัยกรรม

2) การตั้งผู้จัดการมรดกโดยคำสั่งศาล

ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการ สามารถร้องต่อศาล โดยขอให้ตั้งผู้จัดการมรดกก็ได้ หากเป็นกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อเจ้ามรดกตาย ทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรมได้สูญหายไป หรืออยู่นอกราชอาณาจักร หรือเป็นผู้เยาว์

(2) เมื่อผู้จัดการมรดกหรือทายาทไม่สามารถ หรือไม่เต็มใจหรือยินยอม ที่จะจัดการหรือมีเหตุขัดข้องในการจัดการหรือในการแบ่งปันมรดก

(3) ข้อกำหนดในพินัยกรรมที่ตั้งผู้จัดการมรดกไว้ไม่มีผลใช้บังคับ ด้วยประการใดๆ

การตั้งผู้จัดการมรดกนั้น ถ้ามีกำหนดไว้ในพินัยกรรมก็ให้ศาลตั้งตามข้อกำหนดพินัยกรรม และถ้าไม่มีข้อกำหนดพินัยกรรม ก็ให้ศาลตั้งเพื่อประโยชน์แห่งกองมรดกตามพฤติการณ์ และโดยคำนึงถึงเจตนาของเจ้ามรดก แล้วแต่ศาลจะเห็นสมควร¹⁹

ผู้มีสิทธิร้องขอตั้งผู้จัดการมรดกโดยคำสั่งศาลนั้นมี 3 กรณี คือ

¹⁸พินัย ญ นคร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 63-64.

¹⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1713.

ก. ทายาท หมายความว่ารวมทั้ง ทายาทโดยธรรมและทายาทผู้รับพินัยกรรม หากทายาทมีหลายคน ทายาทในลำดับต้นจะมีสิทธิรับมรดกและมีสิทธิขอตั้งผู้จัดการมรดก ส่วนในลำดับถัดลงมาจะไม่มีสิทธิรับมรดก และร้องขอผู้จัดการมรดก

ข. ผู้มีส่วนได้เสีย หมายถึง บุคคลผู้มีส่วนได้เสียและส่วนเสียตามกฎหมายในกองมรดก คือ ผู้ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวกับกองมรดกนั่นเอง

ค. เจ้าหนี้กองมรดก ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาวางแนวกำหนดเป็นเงื่อนไข 2 ประการ คือ หากกองมรดกมีทายาทหรือผู้จัดการมรดกอยู่แล้ว เช่นนี้เจ้าหนี้ถือว่า ไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1098/2523) แต่ถ้าไม่มีผู้จัดการมรดกหรือทายาท เหตุเช่นนี้เจ้าหนี้จะถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นเหตุแห่งการขอให้ตั้งผู้จัดการมรดกได้

3.3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 17 ลิขสิทธิ์ย่อมโอนให้แก่กันได้ โดยวิธีการโอนลิขสิทธิ์นั้นสามารถรับโอนได้ 2 วิธี คือ

3.3.1 การรับโอนลิขสิทธิ์โดยทางนิติกรรม

ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่สามารถโอนกันได้ การโอนลิขสิทธิ์ตามมาตรา 17 ต่างกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามมาตรา 15 คือ การโอนลิขสิทธิ์เป็นการทำให้สิทธิในความเป็นเจ้าของในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นหมดสิ้นไป อาจจะตลอดไปหรือชั่วระยะเวลาหนึ่งแล้วแต่ความประสงค์หรือความต้องการของผู้โอนและผู้รับโอนและต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนเป็นสำคัญ และหากมิได้กำหนดระยะเวลาไว้ ให้ถือว่ามีการกำหนดระยะเวลาสิบปีแต่การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิเป็นเพียงการให้ผู้อื่นมีสิทธิที่จะทำซ้ำหรือดัดแปลง นำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามที่ตกลงกันไว้เท่านั้น เจ้าของลิขสิทธิ์ยังคงมีสิทธิอย่างเต็มที่เช่นเดิม เช่น ทนายตั๋น อนุญาตให้ค่ายละคร Work point นำนิยายที่ตนแต่งขึ้นไปสร้างเป็นละครทีวีเท่านั้น และห้ามนำไปสร้างเป็นภาพยนตร์²⁰ เป็นต้น

3.3.2 การรับโอนลิขสิทธิ์โดยทางมรดก

ในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเจ้ามรดกประสงค์จะโอนลิขสิทธิ์ให้ทายาทโดยทางพินัยกรรม ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องทำให้ถูกต้องตามแบบพินัยกรรมที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เรื่องมรดก ในทางกลับกันหากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเจ้ามรดกไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ มรดกที่เป็นทรัพย์สินทั่วไปรวมถึงลิขสิทธิ์ที่

²⁰ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 116.

เป็นทรัพย์สินทางปัญญาจะตกทอดไปสู่ทายาทของเจ้ามรดกทันทีโดยผลของกฎหมาย ซึ่งมรดกดังกล่าวจะต้องถูกนำมาจัดการโดยการแบ่งปันให้แก่ทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกตามลำดับ ทั้งนี้ไม่ต้องทำตามแบบหรือทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด²¹

3.3.3 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

สิทธิในลิขสิทธิ์มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสิทธิทั่วไป คือ เป็นสิทธิพิเศษแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ที่จะกระทำการใดๆ เกี่ยวกับงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นก็ได้ เช่น ทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา งาน หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ เป็นต้น

ลิขสิทธิ์นี้เป็นสิทธิที่มีลักษณะพิเศษจึงสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทได้ดังนี้

1) สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะได้รับผลประโยชน์จากลิขสิทธิ์ เป็นผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นในเชิงพาณิชย์จากการที่ได้ใช้ประโยชน์จากงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น เช่น การทำซ้ำผลงานภาพวาดที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นแล้วนำไปจำหน่ายได้เงินทอง หรือดัดแปลงงานวรรณกรรมของผู้สร้างสรรค์แล้วนำไปขายหารายได้ เป็นต้น สิทธิในทางเศรษฐกิจได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 15 เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการอย่างใดก็ได้ เกี่ยวกับงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นดังนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง
- (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น
- (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ ตาม (1) (2) หรือ (3)

2) ธรรมสิทธิ (Moral Rights) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มิได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ไว้เป็นการเฉพาะ เพียงแต่บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใด บิดเบือน ดัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้น จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ และเมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายทายาทของผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับคดีดังกล่าวได้...²² อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์

²¹ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, เรื่องเดิม, หน้า 49.

²² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537, มาตรา 18.

ของกฎหมาย การให้ความคุ้มครองธรรมสิทธิจะเห็นได้ว่า ธรรมสิทธิ หมายถึง สิทธิของผู้สร้างสรรค์ ในการที่จะปกป้องชื่อเสียงหรือเกียรติคุณ อันเนื่องมาจากงานที่ตนได้สร้างสรรค์ เช่น การแก้ไข ดัดแปลง ตัดทอนผลงานภาพยนตร์ในส่วนสำคัญของงานของผู้สร้างสรรค์ การกระทำได้กล่าวว่ามีผลกระทบต่อความภาคภูมิใจ หรือบั่นทอนต่อความรู้สึกของผู้สร้างสรรค์ อีกทั้งอาจจะทำให้เกิดความเสียหายต่อเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ก่อให้เกิดงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้น ด้วยเหตุนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองธรรมสิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์เพื่อให้ผู้สร้างสรรค์มีอิสรภาพทางความคิด ไม่ต้องกังวลว่างานของตนอาจถูกบิดเบือนหรือดัดแปลงจนเสื่อมเสียชื่อเสียง หลังจากที่ได้ดำเนินงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน

3.4 กฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ

กฎหมายลิขสิทธิ์ที่จะทำการศึกษานั้นได้แก่ ความตกลง TRIPs ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศ ที่ทุกประเทศที่เป็นภาคีได้ถือปฏิบัติและนำมาปรับใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศตนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย หรือ Copyright, Designs and Patents Act 1988 และซึ่งเป็นรากฐานของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส หรือ Copyright Law of France ซึ่งเป็นรากฐานของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

3.4.1 กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

Copyright, Designs and Patents Act 1988 หรือ CDPA เป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยที่มีการแก้ไขปรับปรุงและใช้มาจนถึงในปัจจุบัน โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นี้เป็นกฎหมายที่คุ้มครองงานลิขสิทธิ์ การออกแบบและสิทธิบัตรประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ.2531 โดยมุ่งเน้นเพื่อให้การสร้างสรรค์ได้รับความคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์จะต้องอยู่ในประเภทงานใดงานหนึ่ง ดังต่อไปนี้ งานวรรณกรรม งานละคร งานดนตรี งานศิลป์ ภาพยนตร์ การบันทึกเสียง การออกอากาศและการจัดพิมพ์ ดนตรีบันทึกเสียง เป็นต้น การแบ่งหมวดหมู่ของกฎหมายนั้นแบ่งออกเป็นหมวด 1-8 เป็นเรื่องเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ หมวด 9 สิทธิในการออกแบบ และหมวด 10-18 เป็นเรื่องของกฎหมายสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติอยู่ในหมวด 1-8 เป็นเรื่องเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของอังกฤษในหมวดที่ 1 เรื่องลิขสิทธิ์ได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่าลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 1 ลิขสิทธิ์และผลงานลิขสิทธิ์

1) ลิขสิทธิ์ คือ สิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในคำอธิบายดังต่อไปนี้

- (a) งานวรรณกรรมละครดนตรีหรือศิลปะต้นฉบับ
- (b) การบันทึกเสียง ภาพยนตร์หรือละครเวที และ
- (c) การจัดพิมพ์ภาพของฉบับตีพิมพ์

2) ในส่วนนี้ งานลิขสิทธิ์ หมายถึง งานใดๆ ที่มีอยู่ในส่วนนี้

3) ลิขสิทธิ์ไม่มีอยู่ในผลงานเว้นแต่มีข้อกำหนดหรือคุณสมบัติตรงตามเหตุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (ดูมาตรา 153 และบทบัญญัติที่อ้างถึง)²³ และส่วนที่นำมาประกอบการศึกษาและวิเคราะห์ คือ หมวด 5 เรื่อง Moral Rights บทบัญญัติมาตรา 94 กล่าวว่า ธรรมสิทธินั้นไม่สามารถโอนให้แก่กันได้²⁴ และในมาตรา 95 การตกทอดแห่งธรรมสิทธิ ภายหลังผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย

(1) เมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย บุคคลผู้มีสิทธิได้รับสิทธิตามมาตรา 77 (สิทธิในการระบุชื่อเป็นผู้เขียนหรือผู้สร้างสรรค์) สิทธิตามมาตรา 80 (สิทธิในการคัดค้านเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่องาน) สิทธิตามมาตรา 85 (สิทธิในความเป็นส่วนตัวของรูปถ่ายและภาพยนตร์)

(a) สิทธิดังกล่าวนี้จะถูกถ่ายทอดไปยังบุคคลโดยผลแห่งพินัยกรรม

(b) ในกรณีที่มิได้ทำพินัยกรรมไว้ ลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะตกทอดเป็นมรดกเพื่อให้แก่ทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดก และ

(c) ถ้าหรือไม่ได้ปฏิบัติตามกรณี (a) และ (b) ก็สามารถ行使สิทธิได้โดยการผ่านตัวแทน

(2) เมื่อลิขสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินมรดก ที่ตกทอดไปยังทายาท ก็จะต้องจำกัดสิทธิในการรับ ดังนี้

(a) ผู้รับโอนจะมีสิทธิรับได้ส่วนหนึ่งหรือมากกว่า แต่ไม่สามารถรับได้ทั้งหมดแห่งลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์มี โดยกระทำหรืออนุญาตให้ใช้สิทธินั้นได้ หรือ

(b) การแบ่งปัน แต่ไม่ใช่ทั้งหมดของระยะเวลาที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งสิทธิใดๆ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งอนุมาตรา (1) คือ จะถูกแบ่งตามลำดับ

(3) เรื่องธรรมสิทธิโดยอาศัยอำนาจตามอนุมาตรา (1) (a) หรือ (b) สิทธินั้นสามารถใช้ได้มากกว่าหนึ่งคน

(a) ในกรณีที่ได้รับสิทธิตามมาตรา 77 คือ สิทธิที่เป็นผู้เขียน หรือผู้สร้างสรรค์

(b) เมื่อได้รับสิทธิตามมาตรา 80 มาตรา 85 สามารถใช้สิทธินั้นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายได้

(c) หากมีการสละสิทธิตามมาตรา 87 สิทธินั้นก็จะไม่กระทบสิทธิของผู้อื่น

(4) การยินยอมหรือการสละสิทธิ ตามอนุมาตรา (1) มีผลผูกพันต่อบุคคลนั้น

(5) หากมีการทำละเมิดๆ เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 84 ผู้รับมรดกสามารถกระทำการแทนผู้สร้างสรรค์ได้

²³ Copyright, Designs and Patents Act 1988, Article 1.

²⁴ Copyright, Designs and Patents Act 1988, Article 94.

(6) ภายใต้อำนาจมาตรานี้ ค่าเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดของผู้รับโอน ซึ่งภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย จะตกทอดเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินมรดก²⁵

3.4.2 กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสได้รับการพัฒนาขึ้นในศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นช่วงเวลาเดียวกันกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส ถูกควบคุมโดย *Code de la Propriété Intellectuelle*²⁶ คือประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ประเทศฝรั่งเศส เป็นภาคีสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น อนุสัญญากรุงเบอร์ลินฉบับวันที่ 9 กันยายน พ.ศ.2429 เพื่อคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปะอนุสัญญากรุงเจนีวาเกี่ยวกับสิทธิของผู้เขียน ฉบับวันที่ 6 กันยายน ค.ศ.1952 อนุสัญญากรุงโรมฉบับวันที่ 26 ตุลาคม พ.ศ.2504 เรื่อง การคุ้มครองผู้แสดงโพรติวเซอร์ของแผ่นเสียงและองค์การกระจายเสียง และอนุสัญญาเจนีวา ฉบับวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ.2514 และข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPS) ข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 15 เมษายน พ.ศ.2537²⁷ เป็นต้น การให้ความคุ้มครองในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส จะเป็นการให้ความสำคัญกับเรื่องธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights มากกว่าสิทธิในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากเพื่อความเป็นธรรมกับผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเป็นผู้ที่ใช้ความรู้ความสามารถในการสร้างสรรค์ผลงาน กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสจึงยอมรับในการสร้างสรรค์งานว่า เป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลอย่างแท้จริง ดังนั้น จึงให้ความคุ้มครองและคำนึงถึงธรรมสิทธิเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานมากกว่า²⁸

ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights

ธรรมสิทธิมีอยู่เสมอและไม่สามารถโอนได้ ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์ก็ไม่สามารถสละสิทธิได้ และสิทธินี้ยังคงมีอยู่ แม้งานดังกล่าวจะตกเป็นสาธารณะ

ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชื่อเสียงของเขา

สิทธินี้จะติดไปกับตัวบุคคล

สิทธินี้มันจะยังคงอยู่ตลอดไป ไม่สามารถเอาไปได้และสิทธินี้ เมื่อภายหลังที่ผู้เขียนถึงแก่ความตาย ธรรมสิทธิก็จะตกเป็นมรดกไปสู่ทายาท

²⁵ Copyright, Designs and Patents Act 1988, Article 95.

²⁶ วิกีพีเดีย, *กฎหมายลิขสิทธิ์ฝรั่งเศส* [Online], available URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_law_of_France, 2561 (กุมภาพันธ์, 23).

²⁷ RCP, *กฎหมายลิขสิทธิ์ฝรั่งเศส* [Online], available URL: <https://www.rpc.co.uk/perspectives/ip/terrale-cross-border-copyright-guide-2018/france/>, 2018 (February, 23).

²⁸ จีระประภา มากสิน, เรื่องเดิม, หน้า 29.

การดำเนินการอาชญากรรมกับผู้อื่นภายใต้บทบัญญัติของพินัยกรรม²⁹

กฎหมายลิขสิทธิ์ของฝรั่งเศส มีหลักเกณฑ์การบริหารจัดการสิทธิในผลงานลิขสิทธิ์ ภายหลังจากที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายดังนี้

1) ผู้เขียนเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะเปิดเผยงานของตนโดยจะต้องกำหนดวิธีการเปิดงาน และกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวภายใต้บังคับข้อบังคับของ Article L132-4

ภายหลังจากที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย สิทธิในการที่จะเปิดเผยงานจะต้องเป็นหน้าที่ของผู้จัดการมรดกที่ผู้สร้างสรรค์ได้มอบหมายไว้ หากผู้สร้างสรรค์ไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สิทธิของผู้สร้างสรรค์นั้นจะถูกใช้ได้โดยลูกหลาน โดยคู่สมรสซึ่งไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดในการหย่า และยังไม่ได้สมรสใหม่ โดยทายาทในลำดับอื่นที่ไม่ใช่ลูกหลานที่สืบทอดกันมาทั้งหมดหรือบางส่วน หรือผู้ที่ได้รับมรดกอื่นที่เกิดจากทรัพย์สินในอนาคต

สิทธินี้ยังใช้ได้แม้ภายหลังจากสิทธิเด็ดขาดแห่งการหาประโยชน์จะสิ้นอายุการคุ้มครองลงตาม Article L123-1³⁰

ภายหลังจากที่ผู้เขียนตายสิทธิดังกล่าวก็จะตกทอดไปยังทายาทหลังจากนั้นอีก 70 ปี³¹

2) ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของผู้เขียนอย่างชัดเจนหรือไม่ชัดเจน โดยสิทธินั้นได้เปิดเผยตัวตนของผู้เขียนที่ถึงแก่ความตาย ตาม Article L121-2 ศาลชั้นต้นอาจสั่งให้มีมาตรการที่เหมาะสม ในกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างผู้แทนดังกล่าวขึ้น ถ้าไม่มีผู้สืบสันดาน ไม่มีทายาทหรือคู่สมรสที่มีสิทธิได้รับมรดกเรื่องดังกล่าว ศาลอาจสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงด้านวัฒนธรรมเป็นผู้รับผิดชอบ³²

3) สิทธิในความสมบูรณ์ของงานผู้เขียนมีสิทธิที่จะคัดค้านการบิดเบือนหรือการดัดแปลงในผลงานของเขา (สิทธินี้ถูกนำไปใช้ในลักษณะที่จำกัดสำหรับซอฟต์แวร์เนื่องจากผู้สร้างซอฟต์แวร์ไม่สามารถคัดค้านการดัดแปลงใดๆ ในผลงานของตนได้เว้นเสียแต่ว่า เขาสามารถพิสูจน์ได้ว่า การปรับเปลี่ยนดังกล่าวจะเป็นอันตรายต่อเกียรติยศหรือชื่อเสียงของเขา)

4) Article L121-4 ผู้เขียนมีสิทธิพิจารณาทบทวนหรือถอนงานของตนออกจากการตีพิมพ์เผยแพร่ แม้จะมีการกำหนดสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์ของผู้อื่น หลังจากที่มีการตีพิมพ์เผยแพร่แล้วก็ตาม ผู้เขียนอาจมีเงื่อนไขในการชดเชยความเสียหายที่ไม่เป็นธรรมในการใช้สิทธิพิจารณาทบทวนหรือถอนนี้แก่ผู้รับโอน

²⁹ Intellectual Property Code, Article L121-1.

³⁰ Intellectual Property Code, Article L121-2.

³¹ Intellectual Property Code, Article L123-1 (Act No. 97-283 of 27 Mars 1997 art. 5 Official Journal of 28 Mars 1997 in force on 1 July 1995).

³² Intellectual Property Code, Article L121-3.

หากผู้เขียนมีความประสงค์ให้งานของเขาถูกตีพิมพ์เผยแพร่เช่นเดิมหลังจากที่เขาได้ใช้สิทธิในการพิจารณาทบทวนและถอนแล้วนั้น ผู้เขียนต้องเสนอให้ผู้รับมอบใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขเดิม³³

จะเห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญแก่เรื่อง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights เป็นอย่างมาก ซึ่งในรายละเอียดของกฎหมายได้ให้ความสำคัญคุ้มครองธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights นี้ ยาวนานไปจนถึงแม้ผลงานลิขสิทธิ์จะตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินก็ตาม ทายาทก็ยังจะสามารถอ้างธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights นี้ เพื่อปกป้องชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ได้

4. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม

การจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญานั้น มีความพิเศษแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไป หากต้องนำลิขสิทธิ์ที่ตกทอดเป็นมรดกมาจัดการเพื่อแบ่งให้แก่ทายาทโดยธรรมจะอย่างไร และธรรมสิทธิที่ตกทอดเป็นมรดกจะบริหารจัดการสิทธินี้อย่างไร รวมถึงนำองค์การจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์มาบริหารจัดการเกี่ยวกับสิทธิในลิขสิทธิ์ของทายาทจะอย่างไร ในเมื่อประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครอง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องและมีความชัดเจนตามหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ จึงทำการศึกษาดังปัญหา ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดก

จากการศึกษาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มิได้รองรับถึงเรื่องการจัดการลิขสิทธิ์ที่ตกทอดเป็นมรดกไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นมรดกนั้น เป็นเรื่องจัดการได้ยากในรายละเอียด เพราะเหตุที่ลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ ประกอบกับการใช้ความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างสรรค์ที่ได้ลงทุนลงแรงสร้างสรรค์ผลงานผ่านลงบนวัตถุที่มีรูปร่างจนก่อให้เกิดผลงานอันทรงคุณค่า โดยที่ไม่ต้องนำไปจดทะเบียนเพื่อแจ้งสิทธิการเป็นเจ้าของผู้สร้างสรรค์ก็สามารถได้ลิขสิทธิ์โดยอัตโนมัติ ดังนั้น การนำลิขสิทธิ์มาจัดการเพื่อแบ่งปันให้แก่ทายาทโดยธรรม จึงเป็นเรื่องที่ต้องใช้ความละเอียดอ่อนในการจัดการเป็นอย่างมาก ถึงอย่างไรก็ตาม หากต้องนำลิขสิทธิ์ที่ตกทอดเป็นมรดกมาจัดการ เพื่อแบ่งปันแก่ทายาทต้องวิเคราะห์ถึงลักษณะของทรัพย์สินและทรัพย์สินก่อนว่ามีความแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ อย่างไร

³³Casalonga, Copyright in France [Online], available URL: <http://www.casalonga.com/documentation/Copyright/copyright-in-france-230/Copyright-in-France.html?lang=en,2018> (February, 23).

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 137 บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน” หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง ได้แก่ สิ่งที่มีมองเห็นได้ด้วยตา จับต้องสัมผัสได้ เช่น ปากกา โต๊ะ เก้าอี้ เป็นต้น และมาตรา 138 “ทรัพย์สิน” ที่นิยามความหมายรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ เป็นสังหาริมทรัพย์ เช่น นาฬิกา ทีวี ตู้เย็น หรือสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน บ้าน เป็นต้น ดังนั้น ความหมายของทรัพย์สินมีความหมายกว้างกว่าทรัพย์สิน คือ เป็นได้ทั้งวัตถุที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง แต่อาจมีราคาและถือเอาได้ ถึงแม้กฎหมายจะกล่าวถึงตัววัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ตาม ทรัพย์สิน ก็ไม่ได้หมายถึงตัววัตถุเพียงอย่างเดียว แต่ได้หมายความรวมถึงสิทธิทางกฎหมายที่เจ้าของใช้เพื่อกีดกันผู้อื่นไม่ให้เข้ามาเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ตนเป็นเจ้าของ เป็นสิทธิเด็ดขาดอย่างหนึ่งที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่จะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินได้โดยตรง เช่น สิทธิในสังหาริมทรัพย์ สิทธิในสังหาริมทรัพย์ สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน เป็นต้น

ส่วนทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) คือสิทธิที่เกิดขึ้นจากผลผลิตทางความคิดเกิดจากสติปัญญา ความนึกคิดของมนุษย์ และสร้างสรรค์ผลงานผ่านลงตัววัตถุ จึงมีความจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์ให้ได้รับประโยชน์จากการคิดค้นสิ่งนั้นโดยมอบสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ ถึงอย่างไรก็ตามสิทธิแต่เพียงผู้เดียวนี้อาจถูกจำกัดไว้เพื่อประโยชน์บางประการหรือเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน เช่น ให้สิทธิแก่ผู้อื่นในการค้นคว้าวิจัย อ้างอิงงานที่ได้จากการสร้างสรรค์ขึ้นตามสมควร เพื่อเป็นการไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดโดยไม่ชอบธรรม

ด้วยเหตุนี้ เมื่อนำทรัพย์สินมาเปรียบเทียบกับลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว จะเห็นว่าลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง เป็นสิ่งที่เกิดจากความคิดของมนุษย์ที่สร้างสรรค์ผลงานออกมาโดยผ่านลงบนตัววัตถุ แต่อาจมีราคาและถือเอาได้สามารถใช้ให้เกิดประโยชน์ เพื่อเพิ่มมูลค่าในเชิงพาณิชย์ได้ เช่นเดียวกับทรัพย์สินทั่วไป แต่ลิขสิทธิ์มีความพิเศษและเฉพาะที่แตกต่างออกไปจากทรัพย์สินทั่วไปตรงที่ว่า ลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ วัตถุแห่งสิทธิของลิขสิทธิ์ คือ อำนาจหรือสิทธิที่กฎหมายได้มอบให้แก่เจ้าลิขสิทธิ์หรือผู้สร้างสรรค์ เป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้หรือสัมผัสได้ ไม่มีรูปร่าง หากแม้วัตถุจะเสื่อมสลายไป ก็ไม่ทำให้สิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เสื่อมสลายไปตามตัววัตถุนั้น ผู้สร้างสรรค์ยังคงสามารถสร้างสรรค์ผลงานชิ้นใหม่ได้ และไม่มีผลกระทบต่อสิทธิในงานลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญานั้น

มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 846/2534 ได้วินิจฉัยถึงลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาว่า “...ทรัพย์สินทางปัญญาจัดอยู่ในความหมายของทรัพย์สิน แต่เป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์จะไดมาโดยทางใดได้บ้าง เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ...” ประกอบกับมีมุมมองของนักกฎหมายหลายท่าน ที่ได้ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของทรัพย์สินทั่วไปกับทรัพย์สินทางปัญญา อาทิ รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา ได้ให้ความเห็นว่า “แม้ทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง แต่ทรัพย์สินทางปัญญาก็ไม่ใช่อ

สังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงแต่ถือว่า ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง แต่ด้วยเหตุที่ทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะเฉพาะ จึงมีกฎหมายเฉพาะเรื่องกำหนดไว้ ดังนั้น บางเรื่องจึงไม่อาจใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะทรัพย์สินมาปรับใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาได้โดยตรง”

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1600 ว่าด้วยเรื่องมรดก ที่ให้ความหมายของคำว่า มรดก หมายถึง ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย รวมทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ ของผู้ตาย เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า นิยามความหมายของคำว่า มรดก ในมาตรา 1600 ไม่ได้บัญญัติให้ชัดเจนถึงคำว่า ทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ประกอบกับการพิจารณานิยามความหมายในมาตรา 137 และมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องทรัพย์สินและทรัพย์สิน ก็มีได้บัญญัติหรือนิยามลักษณะความพิเศษของลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญานี้ไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน แต่ในมาตรา 1600 ได้นิยามคำว่า สิทธิ คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่า มีอยู่และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธินั้นๆ ซึ่งสิทธินี้ ก็เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง อาจมีราคาและถือเอาได้ ประกอบกับมาตรา 17 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ก็ได้บัญญัติให้ลิขสิทธิ์สามารถตกทอดได้โดยทางมรดก ดังนั้น เมื่อลิขสิทธิ์เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่กฎหมายรับรองว่า มีอยู่และมีให้มีการละเมิดสิทธิได้ ประกอบกับอาจใช้หาประโยชน์ได้ ในเชิงพาณิชย์และถือเอาได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้ลิขสิทธิ์นี้ สามารถตกทอดเป็นมรดกไปสู่ทายาทได้เช่นเดียวกัน

จากความเห็นของนักกฎหมายข้างต้น จึงแสดงให้เห็นถึงความพิเศษและเฉพาะของลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาว่า มีความพิเศษแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไปอย่างไร อาจกล่าวได้ว่า ลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญานี้ ถึงแม้จะไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์และไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์ แต่ก็ยังเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองและมอบอำนาจให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์

ดังนั้น ลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นรูปแบบหนึ่งของทรัพย์สิน แต่ก็มีคุณสมบัติและเฉพาะที่แตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไป ตรงที่ตัววัตถุแห่งสิทธิของลิขสิทธิ์เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้สิทธินี้เป็นนามธรรม ไม่ผูกติดไปกับตัววัตถุเหมือนกับสิทธิในทรัพย์สินทั่วไปที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์แม้ตัวผลงานลิขสิทธิ์หรือตัววัตถุจะเสื่อมสลายไปสิทธิในลิขสิทธิ์นี้ยังคงอยู่ไม่เสื่อมสลายไปตามตัววัตถุนั้น และผู้สร้างสรรค์ยังมีสิทธิสร้างผลงานชิ้นใหม่ได้ อีกทั้งสิทธินี้ยังอาจใช้หาประโยชน์ได้ในเชิงพาณิชย์และอาจถือเอาได้ จึงอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 นั้นเอง

จากการศึกษาเปรียบเทียบในกรณีข้างต้น พบว่าลิขสิทธิ์เป็นรูปแบบหนึ่งของทรัพย์สินที่สามารถตกทอดเป็นมรดกได้ภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ถึงแก่ความตาย ลิขสิทธิ์นี้จึง

ต้องนำมาทำการจัดการเพื่อแบ่งปันแก่ทายาทตามลำดับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 ประกอบกับมาตรา 1633 ต่อไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาถึงบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 17 พบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ได้บัญญัติให้ลิขสิทธิ์นั้นตกทอดได้โดยทางมรดก แต่กลับมิได้บัญญัติถึงวิธีการจัดการลิขสิทธิ์ภายหลังที่ตกทอดเป็นทรัพย์สินมรดกไว้ เพราะลักษณะของลิขสิทธิ์ที่มีความพิเศษและเฉพาะ ทำให้การจัดการหรือการแบ่งปันลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญานั้น ทำได้ค่อนข้างยากในรายละเอียด เหตุเพราะลักษณะทางกายภาพของลิขสิทธิ์ เป็นสิ่งที่เกิดจากสติปัญญาของมนุษย์ที่ถูกถ่ายทอดความคิดผ่านลงบนตัววัตถุ ประกอบกับการใช้ความวิริยะอุตสาหะพยายามจนก่อให้เกิดผลงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครอง ครั้นจะนำตัวผลงานมาทำการแบ่งปันตามหลักการจัดการมรดกที่เป็นทรัพย์สินทั่วไป โดยแบ่งเป็นชิ้น เป็นอัน หรือแบ่งในลักษณะที่เป็นสิทธิที่มีทรัพย์สินประกอบไปด้วย เช่น สंहติมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ ก็คงจะแบ่งได้แต่เพียงตัววัตถุและเอกสารแสดงการครอบครองเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำความคิดหรือภูมิปัญญาของมนุษย์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองมาแบ่งแยกหรือจัดการได้ อีกทั้ง เมื่อศึกษาในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ คือ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยก็ได้บัญญัติถึงวิธีการแบ่งทรัพย์สินมรดกที่เป็นลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกันว่า เมื่อภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของมรดกถึงแก่ความตาย ในกรณีที่มีทายาทหลายคน ทายาทคนใดมีสิทธิในงานลิขสิทธิ์ไปทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนาหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ สิทธิดังกล่าวนี้ เรียกว่า สิทธิในทางเศรษฐกิจ หรือ Economic Rights ซึ่งแตกต่างจากสิทธิที่เรียกว่า ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ที่กฎหมายทั้งสองประเทศได้บัญญัติไว้ชัดเจนถึงรายละเอียด เมื่อภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ว่าบุคคลผู้ใดจะเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลจัดการสิทธินี้ ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ในรายละเอียดของประเด็นปัญหาต่อไป

ด้วยเหตุนี้ การจะนำลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญามาทำการจัดการหรือแบ่งปันให้แก่ทายาทโดยธรรมตามลำดับ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้เสียทั้งหมด หากแต่ปรับใช้ได้ในส่วนของทายาทผู้มีสิทธิได้รับตามลำดับก่อนหลังเท่านั้น ตามมาตรา 1629 คือ ผู้สืบสันดาน บิดามารดา พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา แต่ก็มีได้หมายความว่า บุคคลทุกคนที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดเหล่านี้ จะมีสิทธิที่ได้รับมรดกของเจ้าของมรดกไปเสียหมดทุกคน ตราบใดที่มีทายาทในลำดับแรกๆ ยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ยังไม่ขาดสาย ทายาทลำดับถัดลงไปจะไม่มีสิทธิในมรดกของเจ้าของมรดกเลย แต่การแบ่งลิขสิทธิ์นี้ ไม่สามารถแบ่งสิทธิในผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ทายาทโดยธรรมเพื่อให้ได้ส่วนแบ่งที่เท่าๆ กันได้ เนื่องจากสิทธิในผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตกทอดเป็นมรดกนั้น คือ สิทธิตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กล่าวคือ ในกรณีที่มีทายาทโดยธรรมเป็นผู้มีสิทธิรับมรดกในลำดับ

เดียวกันหลายคน ใครจะเป็นคนมีสิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน สิทธิในการให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนา งาน รวมถึงการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ อีกทั้งลิขสิทธิ์นั้นก็มีหลายประเภท เช่น งานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม งานศิลปกรรม เป็นต้น และมูลค่าที่เกิดขึ้นจากผลงานลิขสิทธิ์ในแต่ละประเภทก็แตกต่างกัน หากต้องนำวิธีการจัดการโดยการนำลิขสิทธิ์มาแบ่งปันเพื่อให้ทายาทได้ส่วนแบ่งที่เท่าๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1633 นั้น ไม่สามารถปรับใช้ได้ ต้องใช้วิธีการอื่นที่เหมาะสมต่อไป

เมื่อลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา ไม่สามารถนำวิธีการจัดการมรดกโดยทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับการจัดการมรดกที่เป็นลิขสิทธิ์ได้ แต่เพื่อให้ทายาทมีสิทธิรับมรดกที่เป็นลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ การที่ไม่สามารถจัดการแบ่งปันมรดกให้แก่ทายาทได้นั้น จะถือเป็นเหตุขัดข้องที่สามารถนำหลักการจัดตั้งผู้จัดการมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้โดยอนุโลม ถึงแม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มิได้บัญญัติ ในเรื่องนี้ไว้ชัดเจนก็ตาม ซึ่งการจัดตั้งผู้จัดการมรดก ถือเป็นทางออกทางหนึ่งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติขึ้น เพื่อรองรับเหตุขัดข้องในกรณีที่ทายาทไม่สามารถตกลงเรื่อง การแบ่งปันมรดกและผลประโยชน์ในมรดกกันได้

โดยปกติแล้วมรดกจะตกทอดสู่ทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรมทันทีที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย และไม่จำเป็นต้องมีการตั้งผู้จัดการมรดกหากทายาทสามารถตกลงปัญหากันได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วในบางกรณีที่เกิดเหตุขัดข้องในการครอบครองทรัพย์สิน เช่น ธนาคราชไม่ยอมให้ทายาทถอนเงินฝากในบัญชีได้ หากไม่มีคำสั่งศาลให้มีการตั้งผู้จัดการมรดกมาแสดงเสียก่อน ถึงจะดำเนินการให้หรือในกรณีที่มิมีเหตุขัดข้อง ในกรณีอื่น เช่น กองมรดกมีจำนวนมากจนไม่สามารถแบ่งปันกันได้จนลงตัวหรือต้องมีการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ก่อน เหตุเช่นนี้ ทายาท ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการก็สามารถร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้จัดการมรดกขึ้นมาเพื่อดำเนินการจัดการแบ่งปันมรดกต่อไปได้

การแต่งตั้งผู้จัดการมรดกตามมาตรา 1713 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการแต่งตั้งผู้จัดการมรดก โดยคำสั่งศาล โดยทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการสามารถร้องขอต่อศาล ซึ่งขอให้ตั้งผู้จัดการมรดกได้ในกรณี คือ

- 1) เมื่อเจ้ามรดกตาย ทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรมได้สูญหายไป หรืออยู่นอกราชอาณาจักร หรือเป็นผู้เยาว์
- 2) เมื่อผู้จัดการมรดกหรือทายาทไม่สามารถที่จะจัดการหรือมีเหตุขัดข้อง (เหตุขัดข้อง เช่น ผู้จัดการมรดกตาย ลาออก หรือทายาทไม่อาจปรองดองกันได้ เป็นต้น) ที่จะจัดการหรือแบ่งปันทรัพย์สินมรดกได้

3) เมื่อข้อกำหนดในพินัยกรรม ซึ่งตั้งผู้จัดการมรดกไว้ ไม่มีผลใช้บังคับด้วยประการใดๆ เช่น พินัยกรรมตกเป็นโมฆะ เนื่องจากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการก็สามารถร้องต่อศาลโดยขอให้ตั้งผู้จัดการมรดก เพื่อให้มาทำหน้าที่เป็นตัวแทนในการแบ่งปันมรดกได้

อีกทั้ง เมื่อศาลตั้งให้ผู้ใดเป็นผู้จัดการมรดก ผู้นั้นไม่จำเป็นต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินมรดก เว้นแต่จะจำเป็นเพื่อการนั้นหรือแล้วแต่ศาลเห็นสมควร

หากนำหลักกฎหมายมรดกของประเทศอังกฤษมาเปรียบเทียบจะพบว่า กฎหมายของอังกฤษถือว่า หลักทรัพย์สินของผู้ตายจะยังไม่โอนหรือตกทอดไปยังทายาททันที แต่จะตกทอดไปยังผู้จัดการมรดกซึ่งเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ และจะดำเนินการจัดการมรดกตามขั้นตอน ผู้จัดการมรดกจะถือเป็นตัวแทนของเจ้ามรดกที่คอยดำเนินการจัดการทรัพย์สินมรดกและแบ่งปันทรัพย์สินมรดกนั้นให้แก่ทายาทต่อไป โดยหน้าที่ของผู้จัดการมรดก (The Personal Representative) ในกฎหมายอังกฤษคือ ผู้ที่เก็บรวบรวมมรดกอันแท้จริง ส่วนทายาทของผู้ตายจะเป็นผู้ดำเนินการตามกฎหมาย ต่อมาหากผู้จัดการมรดกมีความประสงค์ที่จะเป็นผู้แทนแล้ว ต้องทำการให้คำสาบานต่อศาล รวมถึงแสดงรายการทรัพย์สินทั้งหมดแห่งมรดกในศาลและจัดทำบัญชีรายการอสังหาริมทรัพย์ไปยังศาล และเมื่อมีความประสงค์ที่จะเป็นผู้แทนแล้ว ผู้จัดการมรดกต้องเข้าแสดงการยอมรับหน้าที่ต่อศาลสูงหรือศาลสูงมีคำสั่งให้ปฏิบัติตนเอง

ส่วนกฎหมายมรดกของประเทศฝรั่งเศสที่ใช้หลัก Universal Succession คือ มรดกของผู้ตาย ได้แก่ สิทธิและหน้าที่ของผู้ตายย่อมตกทอดเข้ารวมกับสิทธิและหน้าที่ของทายาท แต่ทั้งนี้สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวนี้ ต้องเป็นสิทธิและหน้าที่ที่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้หรือที่เรียกว่า Patrimonial Right และเนื่องจากทรัพย์สินเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ดังนั้น แนวคิดเกี่ยวกับการรับมรดกจึงมีลักษณะรวม คือ ทายาทต้องรับไปทั้งทรัพย์สิน สิทธิ และหนี้สินไปทั้งหมด และการตกทอดของทรัพย์สินมรดกย่อมตกทอดไปทันที เมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตายและกฎหมายมรดกของประเทศฝรั่งเศสก็ให้สิทธิแก่ผู้รับมรดกในการเลือก คือ

1) การยอมรับมรดกโดยปกติ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยปริยายที่แสดงให้เห็นว่ามีเจตนารับมรดก เช่น การเข้าจัดการทรัพย์สินมรดก

2) การยอมรับมรดกบางส่วนโดยมีเงื่อนไข ซึ่งกฎหมายได้กำหนดแบบพิธีไว้ว่าต้องแสดงเจตนาต่อเจ้าหน้าที่ที่ศาลแห่งซึ่งมีอำนาจเหนือกองมรดกนั้น และต้องแสดงบัญชีทรัพย์สินต่อเจ้าหน้าที่ภายในสามเดือน นับแต่เจ้ามรดกเสียชีวิตลง ซึ่งทายาทจะมีเวลา 40 วันในการเข้ารับมรดกส่วนที่ต้องการเข้ารับ

3) การปฏิเสธไม่รับมรดก เช่น กรณีที่ทายาทอาจจะพิจารณาแล้วว่ากองมรดกมีหนี้สินมากกว่าจำนวนทรัพย์สินมรดก ทายาทจึงปฏิเสธการรับมรดกนี้โดยแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ของศาลแห่งได้

ทั้งนี้ หากไม่มีทนายทนายผู้ใดมาแสดงเจตนารับมรดก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการอาจขอคำสั่งศาลให้แต่งตั้งผู้ที่จะเข้ามาจัดการทรัพย์สินที่เป็นมรดกได้ ซึ่งกฎหมายมรดกของประเทศฝรั่งเศสนั้น ก็แบ่งผู้จัดการมรดกออกเป็น 2 ประเภท คือ ผู้จัดการมรดกโดยพินัยกรรม และผู้จัดการมรดกโดยคำสั่งศาล ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวถึงผู้จัดการมรดกโดยคำสั่งศาลเท่านั้น

คำว่า Administrateur Judiciaire เป็นคำที่อยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของฝรั่งเศส โดยมีความหมายว่า ผู้จัดการมรดกที่ศาลตั้งขึ้น มีหน้าที่จัดการผลประโยชน์ของบุคคลหรือนิติบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินการในกิจการได้หรือไม่สามารถจัดการผลประโยชน์ หรือมีความจำเป็นเร่งด่วนในการดำเนินการ ทั้งนี้ การที่ผู้จัดการมรดกจะมีหน้าที่อย่างไรวินิจฉัยไปตามคำสั่งศาล โดยสาเหตุที่ต้องมีการแต่งตั้งผู้จัดการมรดกโดยคำสั่งศาลนั้น เกิดจากการที่ทายาทละเลยไม่จัดการมรดกหรือมีการโต้แย้งเรื่องผลประโยชน์ในมรดก ทายาทอื่นจึงร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการจัดตั้งผู้จัดการมรดกได้ และผู้จัดการมรดกโดยคำสั่งศาลมีหน้าที่เป็นไปตามที่ศาลกำหนดไว้ ซึ่งจะจำกัดเฉพาะอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินมรดกเท่านั้น เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่า การจัดการมรดกของทั้งสองประเทศจะมีความแตกต่างกัน โดยที่กฎหมายมรดกของประเทศอังกฤษถือว่า หลักทรัพย์สินของผู้ตายจะยังไม่โอนหรือตกทอดไปยังทายาททันที แต่จะตกทอดไปยังผู้จัดการมรดก ซึ่งเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์และจะดำเนินการจัดการมรดกตามขั้นตอน โดยผู้จัดการมรดกจะถือเป็นตัวแทนของเจ้ามรดกที่คอยดำเนินการจัดการทรัพย์สินมรดกและแบ่งปันทรัพย์สินมรดกนั้นให้แก่ทายาทต่อไป ส่วนกฎหมายมรดกของประเทศฝรั่งเศสจะมีการจัดการทรัพย์สินมรดกที่คล้ายคลึงกับการจัดการมรดกของประเทศไทย เพราะเหตุที่ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law เป็นการอนุวัติตามแบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น การจัดการสิทธิที่เป็นทรัพย์สินมรดกนั้น เมื่อไม่สามารถนำสิทธิมาแบ่งปันให้แก่ทายาทเพื่อให้ได้ส่วนที่เท่าๆ กันได้ จึงต้องนำการจัดตั้งผู้จัดการมรดกโดยคำสั่งศาล ตามมาตรา 1713 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับการจัดการสิทธิที่เป็นทรัพย์สินมรดก โดยผู้จัดการมรดกมีหน้าที่ในการจัดทำบัญชีและบริหารจัดการสิทธิ เช่น สิทธิในการทำซ้ำ สิทธิในการดัดแปลง หรือสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ หรือนำสิทธิไปประเมินมูลค่าเพื่อนำเงินที่ได้มาแบ่งปันหรือให้องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เข้ามาดูแล เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกทุกคน

4.2 ปัญหาการบริหารจัดการกรรมสิทธิ์ที่เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม

กฎหมายลิขสิทธิ์นอกจากจะมอบสิทธิเด็ดขาดในทางเศรษฐกิจให้แก่ผู้สร้างสรรค์แล้วยังมอบสิทธิที่เรียกว่า “กรรมสิทธิ์” ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ด้วยอีกทางหนึ่ง ถึงแม้จะไม่ได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “กรรมสิทธิ์” ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้น

นั้น ก็เพื่อปกป้องชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ หากได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้น จากเหตุที่ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใด บิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานจนเกิดความเสียหายหรือทำให้เสื่อมคุณค่าลง และกฎหมายลิขสิทธิ์ยังส่งต่อ “ธรรมสิทธิ” นี้ให้แก่ทายาทของผู้สร้างสรรค์ โดยให้สิทธิแก่ทายาทของผู้สร้างสรรค์ที่จะฟ้องร้องบังคับตามสิทธิดังกล่าวต่อบุคคลอื่นหรือผู้รับโอนลิขสิทธิ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย

ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights หมายถึง สิทธิของผู้สร้างสรรค์ในการที่จะปกป้องชื่อเสียงเกียรติคุณอันเนื่องมาจากงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น โดยการปกป้องชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์อาจมาจากการกระทำในลักษณะต่างๆ ของบุคคลอื่น เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลง ตัดทอนงานให้เสียรูป หรือการที่บุคคลใดแอบอ้างว่าเป็นผู้สร้างสรรค์งาน ทั้งๆ ที่บุคคลนั้นมิใช่เป็นผู้สร้างสรรค์

อย่างไรก็ตาม ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 จะเป็นมรดกหรือไม่นั้น คงต้องพิจารณา คำว่ามรดกเสียก่อนว่า มรดก หมายถึงอะไร “มรดก ได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ ของผู้ตาย เว้นแต่ตามกฎหมายหรือโดยสภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ ไม่ต้องตกทอดเป็นมรดก” จากนิยามความหมาย คำว่า มรดก จึงไม่ได้หมายถึง ทรัพย์สินที่เป็นรูปร่างเพียงอย่างเดียว แต่มีความหมายรวมถึง สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของเจ้ามรดกที่ต้องตกทอดเป็นมรดกไปสู่ทายาทอีกด้วย เมื่อเป็นเช่นนั้น สิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายมอบให้แก่ผู้สร้างสรรค์ ได้แก่ สิทธิในทางเศรษฐกิจ หรือ Economic Rights และสิทธิที่เรียกว่า ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights นั้น สิทธิทั้ง 2 ประเภทนี้ จึงสามารถตกทอดเป็นมรดกได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1600 ถึงแม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจะไม่ได้บัญญัติ ให้ความชัดเจนในเรื่อง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ที่สามารถตกทอดเป็นมรดกได้ก็ตาม แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายไทยก็ได้อนุวัติกฎหมายลิขสิทธิ์ตามอนุสัญญา กรุงเบอร์น ค.ศ.1971 ที่กรุงปารีส เมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม พ.ศ.2514 (ค.ศ.1971) และแก้ไขเพิ่มเติมในวันที่ 28 กันยายน 2522 (ค.ศ.1979) ในข้อ 6 ทวิ เรื่อง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ไว้ใน (2) ว่า ภายหลังการตายของผู้ประพันธ์ สิทธิที่กฎหมายได้มอบไว้ในวรรคก่อนจะได้รับการดูแลจนกว่าสิทธิในทางเศรษฐกิจจะสิ้นอายุลง และบุคคลหรือสถาบันจะต้องได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายของประเทศที่คุ้มครองสิทธินั้น โดยข้อตกลง TRIPs ข้อ 9 (1) ก็ได้กำหนดให้ “สมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อ 1 ถึง ข้อ 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ.1971 แต่อย่างไรก็ตาม ข้อตกลง TRIPs ข้อ 9 (1) ยังเปิดโอกาสให้สมาชิกไม่มีข้อผูกพันภายใต้ความตกลงในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิ ภายใต้ข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ.1971 ซึ่งหมายความว่า ข้อตกลง TRIPs ข้อ 9 (1) เปิดโอกาสให้สมาชิก TRIPs ไม่ต้องบัญญัติหรือกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องธรรมสิทธิไว้ในกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ แม้ว่าประเทศสมาชิกจะมีความผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์อื่นๆ ในข้อ 1 ถึง ข้อ 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ.1971 ก็ตาม ดังนั้น เรื่อง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights

จึงเป็นเรื่องที่แต่ละประเทศสมาชิกจะบัญญัติให้เข้ากับวัฒนธรรมและประเพณีของประเทศตน ถึงแม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจะไม่ได้บัญญัติให้ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ให้สามารถตกทอดเป็นมรดกได้ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เพื่อรักษาเจตนารมณ์และคุณค่าของผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ไว้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจึงได้บัญญัติเจตนารมณ์ในเรื่องของ ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ไว้ในมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 นั้นเอง

เมื่อศึกษาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 18 พบว่า ได้บัญญัติเพียงการให้อำนาจแก่ผู้สร้างสรรค์ที่จะแสดงว่า ตนนั้นเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ตัดทอน ตัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ จนก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์และให้อำนาจแก่ทายาทของผู้สร้างสรรค์ เมื่อภายหลังที่ ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ทายาทมีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับคดีกับผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงแก่งานอันมีลิขสิทธิ์นี้ไปตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ แต่มิได้บัญญัติถึงวิธีการบริหารจัดการสิทธิที่เรียกว่า ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ไว้เป็นการเฉพาะ มีเพียงการให้สิทธิแก่ทายาทในการฟ้องร้องบังคับตามสิทธิดังกล่าวนี้ไปตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ Copyright, Designs and Patents Act 1988 พบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษได้บัญญัติ เรื่อง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 94 กล่าวว่า ธรรมสิทธินั้นไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และในมาตรา 95 การตกทอดแห่งธรรมสิทธิภายหลังผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย พบว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนั้น มีความชัดเจนในเรื่องของการจัดการ ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights เป็นอย่างดี คือ มีการระบุรายละเอียดว่าหากภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights นั้นจะถูกถ่ายทอดไปยังบุคคลโดยผลแห่งพินัยกรรม โดยให้บุคคลที่ระบุในพินัยกรรมเป็นผู้ดูแลสิทธิ แต่ถ้าไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ดังกล่าวนี จะตกทอดเป็นมรดกให้แก่ทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกต่อไป ทั้งนี้ หากไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้และไม่มีทายาทผู้รับมรดกก็สามารถใช้สิทธิได้โดยการผ่านตัวแทนของผู้สร้างสรรค์และบุคคลเหล่านั้น มีสิทธิได้รับสิทธิตามมาตรา 77 คือ สิทธิในการระบุชื่อเป็นผู้เขียนหรือผู้สร้างสรรค์ สิทธิตามมาตรา 80 คือ สิทธิในการคัดค้านเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่องาน และสิทธิตามมาตรา 85 คือ สิทธิในความเป็นส่วนตัวของรูปถ่ายและภาพยนตร์

ส่วนในอนุมาตรา (2) เป็นเรื่องของการจำกัดสิทธิในการรับโอนลิขสิทธิ์ของผู้ที่รับโอนลิขสิทธิ์ว่า เมื่อลิขสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดไปยังทายาท ก็จะต้องจำกัดสิทธิในการรับคือ ผู้รับโอนจะมีสิทธิรับได้ส่วนหนึ่งหรือมากกว่า แต่ไม่สามารถรับได้ทั้งหมดแห่งลิขสิทธิ์ที่เจ้าของผู้สร้างสรรค์มี โดยกระทำหรืออนุญาตให้ใช้สิทธินั้นได้หรือการแบ่งส่วนแต่ไม่ใช่ทั้งหมดของระยะเวลาที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งสิทธิใดๆ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งอนุมาตรา (1) คือ จะถูกแบ่งตามลำดับ

และในอนุมาตรา (3) จะเป็นเรื่องของอำนาจในการใช้สิทธิโดยบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา (1) ข้อ (a) และ (b) สามารถใช้สิทธิตาม มาตรา 77 คือ สิทธิในการระบุชื่อเป็นผู้เขียนหรือผู้สร้างสรรค์ สิทธิตามมาตรา 80 คือ สิทธิในการคัดค้านเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่องาน และสิทธิตามมาตรา 85 คือ สิทธิในความเป็นส่วนตัวของรูปถ่ายและภาพยนตร์ ได้มากกว่า 1 คน

ส่วนอนุมาตรา (4) จะเป็นเรื่องของการยินยอมและการใช้สิทธิ ส่วน (5) และ (6) เป็นเรื่องของการละเมิดภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ค่าเสียหายใดๆ ที่เกิดจากการทำละเมิดของผู้รับโอนจะตกทอดเป็นมรดกตกแก่ทายาทต่อไป

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะให้ความสำคัญแก่เรื่อง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights เป็นอย่างมากโดยมีการบัญญัติรายละเอียดในเรื่องของตัวผู้มีสิทธิรับมรดก และเรื่องการจำกัดสิทธิในการรับโอนลิขสิทธิ์ เพื่อมิให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นถูกขาดในเรื่อง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights มากเกินไป เพราะเหตุที่ประเทศไทยให้ความสำคัญในเรื่องของการนำผลงานไปต่อยอดทางความคิดและการพัฒนาผลงานให้ก้าวหน้าไปในเชิงเศรษฐกิจมากกว่า จึงจำกัดสิทธิของผู้รับที่สามารถอ้าง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ได้เพียงส่วนหนึ่งแต่ไม่ใช่ทั้งหมดของระยะเวลาที่คุ้มครองลิขสิทธิ์นั่นเอง

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยที่ใช้ระบบซีวิล ลอว์ นั้น ได้บัญญัติเรื่อง ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ไว้ใน Intellectual Property Code หมวด Moral Rights Article L121-1 ว่า ธรรมสิทธิมีอยู่เสมอและไม่สามารถโอนได้ ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์ก็ไม่สามารถสละสิทธิได้ และสิทธินี้ยังคงมีอยู่ แม้งานดังกล่าวจะตกเป็นสาธารณะแล้วก็ตาม และเมื่อภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ก็จะต้องตกทอดเป็นมรดกไปสู่ทายาทและกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยยังได้บัญญัติหลักเกณฑ์การบริหารจัดการสิทธิในผลงานลิขสิทธิ์ ภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ไว้ใน Article L121-2 คือ ผู้เขียนหรือผู้สร้างสรรค์เท่านั้น ที่มีสิทธิที่จะเปิดเผยงานของตนโดยจะต้องกำหนดวิธีการเปิดงานและกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวภายใต้ข้อบังคับของ Article L132-4 และภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย สิทธิในการที่จะเปิดเผยงานจะต้องเป็นหน้าที่ของผู้จัดการมรดกที่ผู้สร้างสรรค์ได้มอบหมายไว้ หรือเว้นแต่ผู้สร้างสรรค์จะได้กล่าวไว้เป็นอย่างอื่น สิทธิของผู้สร้างสรรค์นั้นจะถูกใช้ได้โดยลูกหลาน โดยคู่สมรสซึ่งไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดในการหย่า และยังไม่ได้สมรสใหม่หรือทายาทในลำดับอื่นที่ไม่ใช่ลูกหลานที่สืบทอดกันมาทั้งหมดหรือบางส่วน หรือผู้ที่ได้รับมรดกอื่นที่เกิดจากทรัพย์สินในอนาคต แต่สิทธิดังกล่าวนี้จะใช้ได้ภายหลังจากการระบุไว้ใน Article L123-1 เท่านั้นคือ สิทธินี้ใช้ได้ภายหลังที่ผู้เขียนหรือผู้สร้างสรรค์ได้รับสิทธิในการใช้ผลงานของตนในรูปแบบใดๆ เพื่อได้กำไรจากการดำเนินงานดังกล่าว ภายหลังที่ผู้เขียนตาย สิทธิดังกล่าวก็จะตกทอดไปยังทายาทหลังจากนั้นอีก 70 ปีและใน Article L121-2 ในกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างผู้แทนดังกล่าวขึ้น ถ้าไม่มีผู้สืบสันดาน ไม่มีทายาทหรือคู่สมรสที่มีสิทธิได้รับมรดกเรื่องดังกล่าว ศาลอาจสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมเป็นผู้รับผิดชอบแทน

จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสพบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับเรื่องธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights มากกว่าสิทธิในทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะเห็นได้จากการบัญญัติเรื่องธรรมสิทธิไว้ว่า สิทธินั้นมีอยู่เสมอและไม่สามารถโอนได้ ผู้สร้างสรรค์ก็ไม่สามารถสละสิทธิได้ และสิทธินี้ยังคงมีอยู่ แม้งานดังกล่าวจะตกเป็นสาธารณะแล้วก็ตาม รวมถึงการบัญญัติถึงรายละเอียดภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายว่าหากไม่มีผู้จัดการมรดก ไม่มีทายาท หรือคู่สมรสและหากเกิดข้อพิพาทระหว่างผู้แทนดังกล่าวขึ้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการส่งเรื่องให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงด้านวัฒนธรรมเป็นผู้รับผิดชอบ แทน เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส มองเรื่องความเป็นธรรมของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเป็นผู้ที่ใช้ความรู้ความสามารถสร้างสรรค์งานอันทรงคุณค่าขึ้น จึงให้ความสำคัญคุ้มครองและคำนึงถึงธรรมสิทธิของผู้สร้างสรรค์มากกว่า เรื่องสิทธิในทางเศรษฐกิจ

ด้วยเหตุนี้ จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของทั้งสองประเทศพบว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 18 ไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดของกฎหมายในเรื่องการบริหารจัดการธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights เมื่อภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายไว้อย่างชัดเจน ว่าผู้ใดมีอำนาจในการดูแลสิทธินี้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของทั้งสองประเทศ ที่มีการบัญญัติถึงรายละเอียดในการบริหารจัดการลิขสิทธิ์ เมื่อภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ได้ถึงแก่ความตายไว้อย่างชัดเจน ว่าผู้ใดมีสิทธิในการดูแลธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights นี้ โดยทั้งสองประเทศจะมีวิธีการบริหารจัดการสิทธิในลิขสิทธิ์นี้คล้ายๆ กัน คือ ในกรณีกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ หากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าลิขสิทธิ์ไม่ได้ทำพินัยกรรมใดๆ ไว้ว่า ลิขสิทธิ์นั้นเป็นของผู้ใด ลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะตกทอดไปสู่ทายาทโดยทางมรดกผู้มีเชื้อสายที่ใกล้ชิดมากที่สุดนั้นก็คือ ผู้สืบสันดานหรือหากไม่มีทั้งพินัยกรรมหรือไม่มีทั้งทายาท ลิขสิทธิ์ที่เป็นมรดกดังกล่าวสามารถใช้สิทธิได้โดยผ่านตัวแทน แต่จะแตกต่างบางเล็กน้อยในเรื่องของผู้จัดการมรดกที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสให้สิทธิในการเปิดเผยงานลิขสิทธิ์ ต้องทำผ่านผู้จัดการมรดกหรือตัวแทนก่อน หากไม่มีการตั้งผู้จัดการมรดกหรือตัวแทนที่กำหนดไว้ชัดเจน ผู้ที่ใช้สิทธิดังกล่าวนี้ได้ คือ ลูกหลานและคู่สมรส เช่นเดียวกับกฎหมายมรดกของประเทศฝรั่งเศสที่ประเทศไทยได้อนุมัติเข้ามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 อีกทั้ง หากไม่มีผู้จัดการมรดก ไม่มีทายาทหรือคู่สมรส และหากมีกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างผู้แทนดังกล่าวขึ้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสยังให้อำนาจศาลในการส่งเรื่องให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงด้านวัฒนธรรมเป็นผู้รับผิดชอบในงานลิขสิทธิ์ดังกล่าวแทน

ดังนั้น จากปัญหาการบริหารจัดการธรรมสิทธิที่เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม เมื่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 18 ไม่ได้บัญญัติถึงหลักการบริหารจัดการธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights เมื่อภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ใดมีอำนาจในการ

ดูแลจัดการสิทธินี้ จึงควรนำหลักการจัดการธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของ ประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการบัญญัติแก้ไขในรายละเอียดเรื่องของการบริหารจัดการธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ของมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ต่อไป

4.3 ปัญหาการนำองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์มาบริหารจัดการเกี่ยวกับสิทธิในลิขสิทธิ์ของ ทายาท

จากการศึกษาพบว่า ในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศส หรือแม้แต่ในกลุ่มประเทศเพื่อนบ้าน อย่างเช่น มาเลเซียหรือสิงคโปร์ ได้มีการนำ องค์กรกลางที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย เข้ามาทำหน้าที่จัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ โดยมีหน้าที่เป็นตัวแทน เจ้าของผลงานลิขสิทธิ์ นักประพันธ์ สำนักพิมพ์ ในการจัดเก็บค่าตอบแทนลิขสิทธิ์และรายงานการ จัดเก็บค่าตอบแทนลิขสิทธิ์ด้วยความโปร่งใสให้แก่รัฐบาล รวมถึงมีการวางกฎระเบียบ หลักเกณฑ์ และขั้นตอนในการจัดเก็บ พร้อมทั้งตรวจสอบการทำงานลิขสิทธิ์ทั้งในสถาบันการศึกษาและ สถานที่ต่างๆ เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยผู้ที่ทำงานได้ต้องไปขออนุญาตกับองค์กร จัดเก็บค่าตอบแทนลิขสิทธิ์และชำระค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผ่านองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์นี้ ตลอดจนมีการกำหนดอัตราค่าตอบแทนในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ชัดเจนและเป็นมาตรฐานเดียวกัน ทำให้ปัญหาความไม่เป็นธรรมและความซับซ้อนในการจัดเก็บลดลง ซึ่งองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์นั้น มี หลายองค์กร ซึ่งแต่ละองค์กรก็จะจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ในงานแต่ประเภท เช่น งานดนตรีกรรมและงานสิ่ง บันทึกเสียง ที่บริษัทลิขสิทธิ์ดนตรี (ไทยแลนด์) จำกัด เป็นสมาชิกเพียงองค์กรเดียวในประเทศไทย (The International Confederation of Societies of Authors and Composers: CISAC) องค์กร จัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ ในงานดนตรีกรรมและงานภาพยนตร์ (APRA) เป็นต้น แต่ผู้วิจัยจะขอยกตัวอย่าง สำหรับองค์กรจัดเก็บในการทำซ้ำงานวรรณกรรมที่เป็นองค์กรกลางในการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ใน การทำซ้ำงานวรรณกรรมเท่านั้น เพื่อพิจารณาให้เห็นถึงรูปแบบและประโยชน์ของการจัดตั้งองค์กรกลาง ในการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์

องค์กรสำหรับการทำซ้ำงานวรรณกรรม (Reproduction Rights Organization) เป็นองค์กรที่ ตั้งขึ้นภายใต้การสนับสนุนของรัฐบาล โดยรัฐบาลมีหน้าที่ในการสร้างความรู้และออกกฎหมายรับรอง รวมถึง การออกใบอนุญาตในการทำซ้ำงานวรรณกรรมให้แก่ผู้ขอทำงานซ้ำ และผู้ขอทำงานซ้ำต้องชำระค่าตอบแทน ลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ผ่านทางองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในการทำงานซ้ำงานวรรณกรรม RROs และเป็นองค์กรสมาชิกของสมาพันธ์สมาคมสิทธิ (The International Federation of Reproduction Rights Organization: IFRRO) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มีองค์กรกลางที่คอยดูแลเรื่องการทำซ้ำงาน วรรณกรรมที่ชื่อว่า Copyright Clearance Center เป็นศูนย์กลางระหว่างผู้สร้างสรรค์กับเจ้าของ ลิขสิทธิ์เพื่อให้มีสถานที่ในการขออนุญาตและจ่ายค่าตอบแทนค่าลิขสิทธิ์โดยทาง CCC มีการกำหนด

รูปแบบของการให้อนุญาตและการบริหารจัดการเก็บค่าลิขสิทธิ์เพื่อความสะดวกในการติดต่อและการจ่ายเงิน ค่าตอบแทนค่าลิขสิทธิ์ เป็นต้น ประเทศออสเตรเลียมีองค์กรกลางที่ชื่อ Copyright Agency Limited ได้รับอนุญาตในการบริหารจัดการประโยชน์ที่อยู่ในงานอันมีลิขสิทธิ์จากเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้อนุญาตแก่บุคคลที่มีความต้องการจะขออนุญาต เพื่อการนำเอางานวรรณกรรมไปทำซ้ำ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยมีองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ที่ก่อตั้งขึ้นในนามภาคเอกชน คือ คณะกรรมการร่วมภาคเอกชน 3 สถาบัน (กกร.) ณ ปัจจุบัน ในปี พ.ศ.2562 มีบริษัทที่แจ้งสิทธิ การจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น 24 บริษัทส่วนใหญ่เป็นบริษัทจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและ งานสิ่งบันทึกเสียงแทบทั้งสิ้น อาทิ เช่น บริษัท โฟโนไรท์ส (ไทยแลนด์) มีหน้าที่หลักในการดูแลและประสานงานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์เพลง สำหรับผู้ที่สนใจใช้งานเพลงตั้งแต่การค้นหาเจ้าของลิขสิทธิ์ การขออนุญาตรวมทั้งเป็นหน่วยงานที่ได้รับอนุญาตในการบริหารสิทธิ งานสิ่งบันทึกเสียง บริษัท ลิขสิทธิ์ดนตรี (ไทยแลนด์) จำกัด เป็นองค์กรของนักแต่งเพลงไทย เพื่อพิทักษ์ผลประโยชน์ทางลิขสิทธิ์ รวมทั้งสนับสนุนให้นักแต่งเพลงสามารถดูแลและบริหารสิทธิในงานสร้างสรรค์ของตนได้ โดยบริษัทจะดูแลเฉพาะงานลิขสิทธิ์ประเภทงานดนตรีกรรม และเป็นองค์กรนักแต่งเพลงองค์กรเดียวในประเทศไทยที่ได้เป็นสมาชิกของสมาพันธ์แห่งสมาคมผู้สร้างสรรค์และนักแต่งเพลงระหว่างประเทศ (The International Confederation of Societies of Authors and Composers: CISAC)

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าในปี พ.ศ.2548 ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง รวมถึงร่างพระราชบัญญัติจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ และสิทธินักแสดง โดยประธานคณะทำงานยกร่างกฎหมายของกรมทรัพย์สินทางปัญญา และโฆษกคณะกรรมการวิสามัญของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่พิจารณาร่างกฎหมายนี้จัดให้มีการรับฟังความเห็นและข้อเสนอแนะของทุกฝ่ายหลายครั้ง และมีตัวแทนบริษัทจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ ค่ายเพลง ครูเพลง ผู้ใช้งาน เข้าร่วมประชุมด้วยทุกครั้ง ร่างนี้ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ซึ่งได้มีการประชุมพิจารณาอย่างรอบคอบมากกว่า 30 ครั้ง สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณารับหลักการร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวในวาระแรก เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2550 แต่ภายหลังร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ดังกล่าวได้ตกไป ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ที่ผ่านมามาประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ และไม่มียุติการกลางจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ในงานประเภทอื่นมีเพียงองค์กรกลางในการเรียกเก็บค่าลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและงานสิ่งบันทึกเสียงที่ดูแลสิทธิประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกของสมาพันธ์แห่งสมาคมผู้สร้างสรรค์และนักแต่งเพลงระหว่างประเทศ (The International Confederation of Societies of Authors and Composers: CISAC) เท่านั้น รวมถึงยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเรื่ององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนดังกล่าว

ดังนั้น หากต้องการนำองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เข้ามาบริหารจัดการสิทธิในลิขสิทธิ์ของทายาท จะต้องวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง และร่างพระราชบัญญัติจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงดังกล่าวก่อนว่า มีรายละเอียดข้อกำหนดและหลักความคุ้มครองที่สร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือทายาทอย่างไร เพื่อเป็นแนวทางในการผลักดันร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ให้บรรลุผลสำเร็จต่อไป

1) ร่างพระราชบัญญัติองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ และสิทธินักแสดง พ.ศ.

เป็นร่างพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจผู้ที่ประสงค์จะดำเนินการเป็นองค์กรจัดเก็บต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี ซึ่งให้นิยาม “องค์กรจัดเก็บ” ว่า คือ องค์กรซึ่งได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ดำเนินการบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงแทนผู้เป็นเจ้าของสิทธิหรือผู้มีสิทธินั้น ตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์

โดยผู้มีสิทธิยื่นคำขออนุญาตต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้คือ เป็นนิติบุคคลหรือคณะบุคคล ที่มีได้มีวัตถุประสงค์หลัก เพื่อแสวงหากำไรอย่างอื่นนอกจากค่าบริการเพื่อการบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงแทนเจ้าของสิทธิและมีเจ้าของสิทธิเป็นสมาชิกโดยมอบหมายให้นิติบุคคลหรือคณะบุคคลนั้น บริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงแทนตน จำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวง รวมทั้งมีสถานะทางการเงินที่น่าเชื่อถือได้

การขออนุญาตและเอกสารหลักฐานที่ต้องยื่นประกอบคำขออนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงจะอนุญาตให้ดำเนินการเป็นองค์กรจัดเก็บเพียงองค์กรเดียว สำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทหรือสำหรับสิทธินักแสดง ในการนี้ให้อธิบดีพิจารณาส่งอนุญาตให้ผู้ขอที่มีความเหมาะสมมากที่สุด ดำเนินการเป็นองค์กรจัดเก็บสำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทนั้น หรือสำหรับสิทธินักแสดง และแจ้งคำสั่งให้ผู้ยื่นคำขอที่เกี่ยวข้องทราบ

สิทธิและหน้าที่ขององค์กรจัดเก็บเริ่มตั้งแต่วันที่ออกใบอนุญาต โดยให้มีอายุห้าปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาต ในกรณีที่ใบอนุญาตสูญหายหรือชำรุดในสาระสำคัญ ให้องค์กรจัดเก็บขอรับใบแทนได้

ในกรณีงานวรรณกรรม ให้องค์กรจัดเก็บมีสิทธิจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้สิทธิแทนเจ้าของสิทธิได้เฉพาะในส่วนของสิทธิทำซ้ำ หรือดัดแปลง ให้องค์กรจัดเก็บมีสิทธิทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือสัญญาโอนสิทธิแทนเจ้าของสิทธิ เว้นแต่จะรู้ว่าขัดต่อความประสงค์ของเจ้าของสิทธิ

เมื่อได้จัดเก็บค่าตอบแทนจากผู้ใช้สิทธิแล้ว ให้จัดสรรค่าตอบแทนให้แก่บรรดาเจ้าของสิทธิอย่างเป็นธรรมโดยไม่ชักช้า ตามข้อบังคับเกี่ยวกับการบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนและอัตราค่าตอบแทนที่คณะกรรมการให้ความเห็นชอบ

ในหมวด 4 เป็นเรื่องการกำกับดูแลองค์กรจัดเก็บมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ทำและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงที่จะมีหรือได้มีการจัดเก็บหรือเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแก่ผู้ร้องขอ โดยให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ร้องขอได้

(2) จัดทำรายงานประจำปีแสดงผลการดำเนินการจัดเก็บค่าตอบแทนและการที่เกี่ยวข้อง เพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนทราบและตรวจสอบได้ และส่งสำเนารายงานประจำปีต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาภายในสามสิบวันนับแต่วันสิ้นปีบัญชีของทุกปี

(3) จัดทำงบดุล งบการเงิน และบัญชี และจัดให้ผู้สอบบัญชีตรวจสอบภายในเก้าสิบวันนับแต่วันสิ้นปีบัญชีของทุกปี

หากเกิดในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าตอบแทนระหว่างองค์กรจัดเก็บและผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงที่องค์กรจัดเก็บดำเนินการจัดเก็บตามพระราชบัญญัตินี้ และไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อพิพาทนั้นให้คณะอนุญาโตตุลาการตามหมวดนี้เป็นผู้ชี้ขาด โดยยื่นคำขอต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา

สุดท้ายจะเป็นบทกำหนดโทษว่า ผู้ใดดำเนินการเป็นองค์กรจัดเก็บโดยไม่ได้รับใบอนุญาตต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และผู้ดำเนินการเป็นองค์กรจัดเก็บ ผู้ใดจัดเก็บค่าตอบแทนจากผู้สิทธิโดยไม่จัดสรรค่าตอบแทนให้แก่บรรดาเจ้าของสิทธิอย่างเป็นธรรม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ และสิทธินักแสดง พ.ศ. ดังกล่าวพบว่า ได้มีการบัญญัติที่ควบคุมถึงผู้ที่ต้องการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ โดยในร่างพระราชบัญญัตินี้ ได้บัญญัติถึงความชัดเจนสำหรับผู้ที่ต้องการยื่นขอเป็นองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ บัญญัติถึงคุณสมบัติผู้ยื่น อำนางหน้าที่ การบริหารงานองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ เรื่องการกำกับดูแลองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ว่าจะต้องรวบรวมข้อมูลและเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้ร้องขอ รวมถึงจัดทำรายงานประจำปีแสดงผลการดำเนินการจัดเก็บค่าตอบแทนและการที่เกี่ยวข้องเพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนทราบและจัดทำงบดุล งบการเงิน และบัญชี และจัดให้ผู้สอบบัญชีตรวจสอบภายในเก้าสิบวันนับแต่วันสิ้นปีบัญชีของทุกปีและยังบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ในหมวด 6 มาตรา 32 ว่า ผู้ดำเนินการเป็นองค์กรจัดเก็บผู้ใดจัดเก็บค่าตอบแทนจากผู้สิทธิโดยไม่จัดสรรค่าตอบแทนให้แก่บรรดาเจ้าของสิทธิอย่างเป็นธรรม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งจะเห็นได้ว่า โทษของผู้ดำเนินการเป็นองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ หากไม่จัดสรรค่าตอบแทนแก่เจ้าของสิทธิอย่างเป็นธรรมนั้น มีโทษที่ค่อนข้างสูง

ดังนั้น เป็นการเชื่อมั่นได้ว่า หากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือทายาทผู้รับมรดกต้องการนำงานลิขสิทธิ์ของตนให้องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ ภายใต้ความคุ้มครอง

ร่างพระราชบัญญัติองค์การบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ และสิทธินักแสดง พ.ศ. ดังกล่าวนี้นี้ ผู้สร้างสรรค์ หรือเจ้าของสิทธิ หรือทายาทจะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรม โปร่งใสและตรวจสอบได้

2) ร่างพระราชบัญญัติจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง พ.ศ.

เป็นพระราชบัญญัติ ที่กำหนดหลักเกณฑ์ อำนาจหน้าที่ขององค์กรจัดเก็บและผู้ที่ต้องการเป็นสมาชิกขององค์กร ซึ่งในหมวด 1 บททั่วไป จะเป็นเรื่องของนิยามความหมาย

ในหมวด 2 เป็นเรื่องของการขึ้นทะเบียนองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงใน มาตรา 8 ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ขององค์กร คือ

(1) จัดให้ได้มาได้รับโอนสิทธิหรือด้วยวิธีอื่นใดซึ่งสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนแก่ งานลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดง

(2) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงในการเผยแพร่ต่อ สาธารณชน เพื่อประโยชน์ของสมาชิก โดยไม่เลือกปฏิบัติ

(3) ดำเนินการแบ่งค่าตอบแทนที่จัดเก็บได้ให้แก่มวลสมาชิกตามที่คณะกรรมการ กำหนด

(4) ให้ความช่วยเหลือแก่สมาชิกทางด้านคดีความที่ฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาลอื่น เนื่องมาจากการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดง

(5) ดำเนินกิจการอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของการจัดเก็บ ค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง

(6) ในการดำเนินงานองค์กรจัดเก็บจะกำหนดข้อบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ก็ได้

(7) ให้การสงเคราะห์ตามสมควรแก่สมาชิกที่ต้องอันตรายแก่กายหรือเสียชีวิต เกี่ยวกับอาชีพ

ในหมวด 3 ได้บัญญัติสิทธิและหน้าที่ขององค์กรจัดเก็บไว้ มาตรา 16-22 โดยให้มีคณะผู้บริหาร องค์กรดำเนินการองค์กรจัดเก็บ ซึ่งที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งจากสมาชิกผู้จัดตั้งองค์กรจัดเก็บเป็นผู้ดำเนินการ และเป็นผู้แทนในกิจการอันเกี่ยวกับบุคคลภายนอกและการจัดสรรค่าสิทธิแก่สมาชิกเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสิทธินักแสดงให้จัดสรรตามข้อสัญญาเข้าเป็นสมาชิก ซึ่งคิดจากรายได้ภายหลังจากที่ได้หักค่าใช้จ่ายใน การบริหารองค์กรจัดเก็บแล้ว ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงจำนวนครั้งที่ใช้งาน ความนิยมของผู้ใช้งาน ณ เวลานั้น

ในหมวด 4 ได้บัญญัติถึงการกำกับดูแลการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง คณะกรรมการซึ่ง ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 23-27 และในหมวด 5 ตั้งแต่ มาตรา 28-30 จะเป็นเรื่องหลักปฏิบัติขององค์กรจัดเก็บ และองค์กรจัดเก็บต้องให้จัดทำรายงานประจำปีแสดงผลการดำเนินการจัดเก็บค่าตอบแทน โดยติดประกาศ ไว้ ณ สำนักงานใหญ่ไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ก่อนวันที่มีการจ่ายส่วนแบ่งค่าสิทธิแก่สมาชิก และให้ส่งสำเนา รายงานประจำปีต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่มีการจ่ายส่วนแบ่งค่าสิทธิให้แก่ สมาชิก ทั้งนี้ต้องไม่เกินสิ้นเดือนมีนาคมของปีถัดไป

หากผู้บริหารองค์กรกระทำการไม่ถูกต้อง จนทำให้เกิดความเสียหายหรือมีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเงินหรือการบัญชีแก่องค์กรจัดเก็บของสมาชิก ให้สมาชิกขององค์กรจัดเก็บไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าได้เข้าชื่อกันทำหนังสือถึงอธิบดี เพื่อพิจารณาและสั่งให้ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องภายในระยะเวลาที่กำหนด

หากผู้บริหารองค์กรมิได้ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้นายทะเบียนส่งรายงานการพิจารณาของอธิบดี ให้แก่คณะกรรมการออกคำสั่งให้ปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ให้ระงับการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นเหตุให้เกิดข้อบกพร่อง หรือความเสียหายต่อองค์กรจัดเก็บ หรือสมาชิก

(2) ให้หยุดดำเนินการชั่วคราวเพื่อปฏิบัติการแก้ไขข้อบกพร่องภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด

ในคำสั่งของคณะกรรมการตามวรรคสองเป็นที่สุด

ส่วนในหมวด 6 จะเป็นเรื่องการเลิกองค์กรจัดเก็บที่บัญญัติอยู่ใน มาตรา 31-33 คือ องค์กรจัดเก็บย่อมเลิกด้วยเหตุหนึ่งเหตุใดดังต่อไปนี้

(1) ถ้าในข้อบังคับขององค์กรจัดเก็บมีกำหนดกรณีอันใดเป็นเหตุที่จะเลิกกันเมื่อมีกรณีนั้น

(2) เมื่อองค์กรจัดเก็บล้มละลาย

(3) เมื่อคณะกรรมการมีคำสั่งเป็นหนังสือให้เลิก ตามมาตรา 32

(4) ในกรณีที่องค์กรจัดเก็บมิได้ขอต่ออายุภายในกำหนดเวลา ตามมาตรา 15

หมวด 7 เป็นเรื่องการชำระบัญชีให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล

ส่วนในหมวด 8 จะเป็นเรื่องกองทุนบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ และสิทธินักแสดงซึ่งเป็นหมวดที่เพิ่มเติมเพื่อดูแลสมาชิกในองค์กรจัดเก็บและครอบครัวที่ต้องอันตรายถึงแก่ความตายหรือเสียชีวิตเกี่ยวกับอาชีพ

ในหมวด 9 บทกำหนดโทษ

จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง พ.ศ. ดังกล่าว มีบทกฎหมายที่ครอบคลุมในลักษณะการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ เพื่อให้การจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เป็นธรรมและโปร่งใส หากเกิดความเสียหายขึ้น นายทะเบียน ตามพระราชบัญญัตินี้สามารถเข้าตรวจสอบได้ พร้อมกับรายงานการจ่ายค่าตอบแทนประจำปีให้แก่กรมทรัพย์สินทางปัญญาทราบ ทั้งนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังให้ความคุ้มครองไปถึงทายาทของสมาชิกที่เข้าร่วมองค์กร โดยหากสมาชิกขององค์กรคนใดได้ถึงแก่ความตาย พระราชบัญญัตินี้ให้มีการตั้งกองทุนบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เพื่อดูแลทายาทของสมาชิكدังกล่าวด้วย

ดังนั้น จากการศึกษาพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ พบว่าควรผลักดันร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ดังกล่าวนี้นี้ให้มีผลประกาศใช้ เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ มีเนื้อหาข้อกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ขององค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ และหลักการให้คุ้มครองของกฎหมายที่ชัดเจน ซึ่งทำให้เกิดความเชื่อมั่นได้ว่า หากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ รวมถึงทายาท ที่มีความต้องการให้องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้งานลิขสิทธิ์ จะได้รับคำตอบแทนจากการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรม โปร่งใส และตรวจสอบได้ ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัตินี้

5. ข้อเสนอแนะ

5.1 ควรนำหลักการจัดตั้งผู้จัดการมรดกมาบังคับใช้กับการจัดการลิขสิทธิ์ที่เป็นทรัพย์สินมรดก ภายหลังที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย โดยผู้จัดการมรดก มีหน้าที่ดังต่อไปนี้

- 1) จัดทำบัญชีทรัพย์สินมรดกที่เป็นลิขสิทธิ์
- 2) รวบรวมมรดกที่เป็นลิขสิทธิ์
- 3) บริหารจัดการสิทธิในลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 15
- 4) บริหารผลประโยชน์ที่เกิดจากงานลิขสิทธิ์
- 5) แบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ลิขสิทธิ์

5.2 ควรให้องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เข้ามาดูแลผลงานลิขสิทธิ์ โดยผ่านทางผู้จัดการมรดก ซึ่งองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์นี้จะทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ผลงานลิขสิทธิ์ ซึ่งจะมีการบริหารสิทธิในงานลิขสิทธิ์อย่างโปร่งใส เป็นธรรมและสามารถตรวจสอบได้ และมีการจ่ายคำตอบแทนผ่านทางผู้จัดการมรดกที่เป็นตัวแทนของทายาท เพื่อให้ผู้จัดการมรดกนำผลประโยชน์ที่ได้มาแบ่งปันแก่ทายาทอย่างเท่าเทียมกัน

5.3 เมื่อธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights สามารถตกทอดเป็นมรดกได้ แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 18 มิได้บัญญัติวิธีการจัดการธรรมสิทธิไว้ เป็นการเฉพาะ เมื่อภายหลังที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย จึงควรนำหลักการจัดการ ธรรมสิทธิ หรือ Moral Rights ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการบัญญัติเพิ่มเติมในรายละเอียดของ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

จากเดิม

มาตรา 18 ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิที่จะแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้น จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ และเมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ทายาทของผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับ

ตามสิทธิดังกล่าวได้ ตลอดจนอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เว้นแต่ จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร

โดยแก้ไขเพิ่มเติม เป็น

มาตรา 18 ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิที่จะแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือนตัดทอนดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้น จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ และเมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายทายาทของผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับตามสิทธิดังกล่าวได้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร

ในกรณีที่ทายาทแสดงเจตนารับเอาสิทธิตามวรรคหนึ่ง ให้ทายาทร่วมกันบริหารจัดการสิทธิดังกล่าวตามวรรคหนึ่งหรือหากไม่มีทายาทแสดงเจตนารับเอาสิทธิตามวรรคหนึ่ง ให้ทายาทร่วมกันตั้งผู้จัดการมรดก เพื่อมาเป็นผู้ดูแลและบริหารสิทธิตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิหรือมีเหตุฟ้องร้องใดๆ ให้ทายาทหรือผู้จัดการมรดกที่ทายาทร่วมกันแต่งตั้งเป็นผู้ดำเนินการตามสิทธิเป็นการเฉพาะ

ในกรณีที่ไม่มีทายาทหรือผู้จัดการมรดก ให้สิทธิในการฟ้องร้องนั้นตกเป็นอำนาจของศาลเป็นผู้พิจารณา หากเกิดการละเมิดในงานลิขสิทธิ์ขึ้น

5.4 ควรให้มีการผลักดันร่างพระราชบัญญัติองค์กรบริหารจัดการเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง และร่างพระราชบัญญัติจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงเพื่อเป็นกฎหมายที่สร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์หรือทายาท ที่ต้องการนำเอางานลิขสิทธิ์ไปหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ภายใต้องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ และเพื่อให้ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือทายาทของผู้สร้างสรรค์มั่นใจได้ว่า หากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์หรือทายาท นำงานลิขสิทธิ์ไปให้องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ดูแล จะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรมและโปร่งใส ตรวจสอบได้ ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัตินี้

อีกทั้ง ควรเพิ่มเติมข้อกฎหมาย ซึ่งในขณะนี้ เป็นเพียงร่างพระราชบัญญัติการบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงเท่านั้น คือ

“ในกรณีที่ทายาทหรือผู้จัดการมรดกร้องขอต่อคณะกรรมการ ให้คณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาในส่วนของการบริหารจัดการลิขสิทธิ์ที่ตกเป็นมรดก” นี้

บรรณานุกรม

- จิรประภา มากลิ่น. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- จิรศักดิ์ รอดจันทร์. **ลิขสิทธิ์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549.
- บัญญัติ สุชีวะ. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2550.
- ปภาศรี บัวสุวรรณ. **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 1**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- พรชัย สุนทรพันธุ์. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักหอสมุดศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551.
- พินัย ณ นคร. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- มานิตย์ จุมปา. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- วิกิพีเดีย. **กฎหมายลิขสิทธิ์ฝรั่งเศส** [Online]. Available URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_law_of_France, 2561 (กุมภาพันธ์, 23).
- สมหมาย จันทรเรือง. **“ลิขสิทธิ์” ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์, 2555.
- อรพรรณ พนัสพัฒนา. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์(ฉบับปรับปรุงใหม่)**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537.
- Casalonga. **Copyright in France** [Online]. Available URL: <http://www.casalonga.com/documentation/copyright/copyright-in-france-230/Copyright-inFrance.html?lang=en>, 2018 (February, 23).
- Copyright, Designs and Patents Act 1988.
- Intellectual Property Code.

RCP. กฎหมายลิขสิทธิ์ฝรั่งเศส [Online]. Available URL: <https://www.rpc.co.uk/perspectives/ip/terralex-cross-border-copyright-guide-2018/france/>, 2561 (กุมภาพันธ์, 23).

การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์
ในจุลชีพและสารสกัดจากสัตว์:
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ

ภูริดา จุลกะรัตน์

การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในจุลชีพและสารสกัดจากสัตว์:
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ*

The Protection of Patents for Invention in Microorganisms and
Extracts from Animals: Comparative Study of Foreign Laws

ภริดา จุกะรัตน์**
Phurida Junkarat

บทคัดย่อ

การประดิษฐ์คิดค้นอันเกิดจากจุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติของสัตว์หรือพืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช เป็นการประดิษฐ์ประการหนึ่งที่ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองและรับรองสิทธิบัตร ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และไม่อาจขอรับอนุสิทธิบัตร ตามมาตรา 65 ทวิ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้เช่นกันแม้ว่าจุลชีพหรือสารสกัดที่มีอยู่ตามธรรมชาตินั้นจะเกิดการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ โดยใช้เทคโนโลยี ความรู้ ทักษะ ความเชี่ยวชาญเฉพาะตัวของผู้ประดิษฐ์เองก็ตามซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายสิทธิบัตรของต่างประเทศ ทั้งระบบคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์ ที่สามารถให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิบัตร

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์เกี่ยวกับสัตว์ ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส.

The article is a part of thesis “The Protection of Patents for Inventions related to Animals”. This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at Thammasat University. Associate Professor Dr.Pinai Nanakorn is an advisor. Professor Dr.Saowanee Asawaroj and Assistant Professor Dr.Kittiwat Chunchaemsai are examiners.

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: Jem_mie@hotmail.com.

LL.M. Candidate in International Trade Law, Faculty of Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 12 มีนาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 13 สิงหาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 สิงหาคม 2562.

การประดิษฐ์ในจุลชีพและสารสกัดจากสัตว์แก่ผู้ประดิษฐ์ได้ ด้วยเหตุนี้จึงสมควรศึกษากฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้ในการสร้างมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในจุลชีพและสารสกัดจากสัตว์ ให้สอดคล้องเหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป

Abstract

Inventions relating to microorganisms, or any part of a microorganism that exists in naturally occurring plants or animals, or any extracts from animals or plants, are inventions that cannot be protected and certified under Section 9 of the Patent Act B.E. 2522. Such inventions may also be unable to claim the status of “Petty Patents” under Section 65 Bis of that act, in spite of the fact that such microorganisms or natural extracts are new inventions arising from the technological knowledge, skills, and expertise of the inventors. This is different from foreign patent laws under both Common Law and Civil Law systems, which allow patent protection and certification for inventions in microorganisms and extracts from animals. For this reason, it is appropriate to study the applicable foreign patent laws to be used as models in creating legal measures to protect inventions of unique microorganisms and extracts from animals in Thailand.

คำสำคัญ: สิทธิบัตร, จุลชีพ, สารสกัด

Keywords: patent, microorganisms, extracts

1. บทนำ

นับแต่อดีตเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน สิทธิบัตรการประดิษฐ์ (Patent) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นจากผลงานการสร้างสรรค์จากการประดิษฐ์ที่มีลักษณะของการแก้ปัญหาทางเทคนิคที่ไม่สามารถคิดขึ้นโดยง่าย¹ เนื่องจากการจะได้มาซึ่งผลงานทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละอย่างนั้น ต้องอาศัยความวิริยะอุตสาหะ ทักษะ ตลอดจนทรัพยากรต่างๆ ซึ่งต้องใช้การลงทุนที่สูงเพื่อให้เข้าเงื่อนไขที่ว่า ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่ใหม่ (Novelty) ดังที่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) ให้นิยามการประดิษฐ์หรือคิดค้น (Invention) ไว้ว่า จะต้องมีความเป็นความคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี² และความหมายดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ของประเทศไทยด้วย³ อย่างไรก็ตาม เหตุผลในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้น มีวัตถุประสงค์สำคัญ 5 ประการ ดังนี้⁴

ประการแรก เป็นการคุ้มครองสิทธิอันชอบธรรมของผู้ประดิษฐ์ เนื่องจากผู้ประดิษฐ์ได้ใช้สติปัญญาและความพยายามของตนรวมทั้งเวลา และค่าใช้จ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งที่จะมีประโยชน์แก่มนุษย์ ดังนั้น หากการคิดค้นดังกล่าวสามารถทำให้เกิดผลตอบแทนในทางเศรษฐกิจหรือในเชิงพาณิชย์ได้ ก็ควรถือเป็นสิทธิของผู้ประดิษฐ์คิดค้นที่รัฐควรให้ความคุ้มครอง

ประการที่สอง เป็นการให้รางวัลตอบแทนแก่ผู้ประดิษฐ์ เนื่องจากผลงานที่คิดค้นขึ้นส่งผลให้ความเป็นอยู่ของมนุษย์ได้รับความสะดวกสบายและมีคุณภาพที่ดียิ่งขึ้น ตลอดจนมากยิ่งขึ้นสังคมก็ควรให้รางวัลตอบแทนแก่ผู้สร้างคุณประโยชน์ดังกล่าว โดยการให้ความคุ้มครองป้องกันมิให้ผู้อื่นแสวงหาประโยชน์จากผลงานดังกล่าวโดยมิชอบ

ประการที่สาม เพื่อจูงใจให้มีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ๆ ขึ้น เนื่องจากการประดิษฐ์คิดค้นจะต้องมีการลงทุนทั้งในด้านค่าใช้จ่าย เวลา และสติปัญญาอันพิเศษของมนุษย์ แต่เมื่อมีการเปิดเผยสาระสำคัญในการประดิษฐ์คิดค้น หรือมีการผลิตเป็นสินค้าเพื่อออกจำหน่ายแล้ว บุคคลอื่นสามารถ

¹World Intellectual Property Organization (WIPO), *What is Intellectual Property?* (Geneva, Switzerland: WIPO Publication No. 450 (E), 2004), p. 3.

²Ibid., p. 5.

³พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 3.

⁴กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *นโยบายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยและความพร้อมในการรองรับอุตสาหกรรมยานยนต์ในยุค AEC* (กรุงเทพมหานคร: กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 2558), หน้า 21-22.

ลอกเลียนแบบได้โดยง่าย ดังนั้น จึงจำเป็นที่รัฐต้องให้ความคุ้มครอง อันจะเป็นการกระตุ้นให้ผู้ประดิษฐ์คิดค้นมีกำลังใจ และมีความมั่นใจในการคิดค้นผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ

ประการที่สี่ เพื่อกระตุ้นให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์คิดค้นใหม่ๆ ซึ่งในการให้ความคุ้มครองนี้ ได้กำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์คิดค้นนั้นๆ จนทำให้สามารถนำไปศึกษา ค้นคว้า วิจัย และพัฒนาต่อไป เพื่อส่งผลให้เกิดการพัฒนาเทคโนโลยีที่สูงขึ้น

และประการสุดท้าย เพื่อจูงใจให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีและการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งหากมีการจัดระบบให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม ย่อมทำให้เจ้าของเทคโนโลยีจากต่างประเทศมีความมั่นใจในการลงทุนหรือถ่ายทอดเทคโนโลยีแก่ผู้ร่วมทุนในประเทศไทย⁵

สำหรับประเทศไทย การได้มาซึ่งความคุ้มครองการประดิษฐ์นั้น จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522⁶ ก็ต่อเมื่อนำการประดิษฐ์นั้นมายื่นขอรับความคุ้มครอง⁷ และได้รับการจดทะเบียนจากกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ เท่านั้น โดยเงื่อนไขหรือลักษณะสำคัญในการขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้น มีอยู่ด้วยกัน 3 ประการหลัก คือ

1) จะต้องเป็นการประดิษฐ์ที่คิดค้นขึ้นใหม่⁸ อันได้แก่ การประดิษฐ์ที่แตกต่างไปจากเดิม ยังไม่เคยมีใช้หรือแพร่หลายมาก่อนในประเทศ หรือไม่เคยเปิดเผยสาระสำคัญ หรือรายละเอียดในเอกสาร สิ่งพิมพ์ หรือการนำออกแสดง หรือเปิดเผยต่อสาธารณชนมาก่อนทั้งในและนอกประเทศ ก่อนวันยื่นคำขอ และยังไม่เคยได้รับสิทธิบัตรมาก่อน

2) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น⁹ คือ มีลักษณะที่เป็นการแก้ไขปัญหาทางเทคนิค หรือไม่เป็นการประดิษฐ์ที่ทำได้โดยง่ายต่อผู้ที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น

3) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถนำไปประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมได้¹⁰

⁵ ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย, สิทธิบัตร ประโยชน์ที่ SMEs ไม่ควรมองข้าม [Online], available URL: <http://www.exim.go.th/doc/newsCenter/45367.pdf>, 2558 (มีนาคม, 7).

⁶ “พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 96 ตอนที่ 35 ฉบับพิเศษ (16 มีนาคม 2522): 1.

⁷ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 3.

⁸ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 5 (1).

⁹ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 5 (2).

¹⁰ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 5 (3).

ซึ่งการประดิษฐ์ที่สามารถนำไปประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมได้ ในประการที่ 3) นี้ ผู้เขียนพบว่า กฎหมายสิทธิบัตรของต่างประเทศในระบบคอมมอนลอว์ เช่น สหรัฐอเมริกา และเครือรัฐออสเตรเลีย มีการกำหนดเงื่อนไขไว้แตกต่างจากกฎหมายไทย กล่าวคือ สหรัฐอเมริกา¹¹ และเครือรัฐออสเตรเลีย¹² ใช้คำว่า “ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่เป็นประโยชน์” (useful) อันได้แก่ การประดิษฐ์ที่มีคุณค่าทำให้สิ่งต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีขึ้นหรือการพัฒนาสิ่งที่มีอยู่แล้วให้ดีกว่าเดิม รวมถึงเป็นสิ่งที่สามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ได้ในอุตสาหกรรมอันจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนหรือสังคมมนุษย์โดยรวม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่กว้างและครอบคลุมกว่าคำว่า “สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม” ที่กฎหมายไทยบัญญัติไว้ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของประเทศไทยในปัจจุบันอยู่ภายใต้มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ที่กำหนดให้การประดิษฐ์ จำนวน 5 ประการ ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรตามกฎหมายได้ ได้แก่ ประการแรก จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช¹³ ประการที่สอง กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์¹⁴ ประการที่สาม ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์¹⁵ ประการที่สี่ ได้แก่ วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์หรือสัตว์¹⁶ และประการสุดท้าย คือ การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน¹⁷ และเมื่อการประดิษฐ์ จำนวน 5 ประการดังกล่าวข้างต้น ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองทางสิทธิบัตรได้ ก็ไม่อาจขอรับการคุ้มครองในระดับอนุสิทธิบัตร ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ได้เช่นเดียวกัน¹⁸ โดยเฉพาะการประดิษฐ์

¹¹U.S. Code Title 35, Section 101

Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore, subject to the conditions and requirements of this title.

¹²Patent Act 1990, Section 18 (1) (c)

Patentable inventions for the purposes of a standard patent

(1) Subject to subsection (2), an invention is a patentable invention for the purposes of a standard patent if the invention, so far as claimed in any claim:

(c) is useful; and

¹³พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 9 (1).

¹⁴พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 9 (2).

¹⁵พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 9 (3).

¹⁶พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 9 (4).

¹⁷พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 9 (5).

¹⁸พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 65 ทศ.

คิดค้นในจุลชีพและสารสกัดจากสัตว์ ที่ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองและรับรองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ตามกฎหมายไทยได้แต่กลับสามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ตามกฎหมายต่างประเทศ

2. นิยามศัพท์เฉพาะ

เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจของผู้อ่าน ผู้เขียนได้กำหนดนิยามศัพท์เฉพาะในเรื่องที่จะกล่าวถึงดังนี้

2.1 จุลชีพ คืออะไร

เนื่องจากในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มิได้ให้คำจำกัดความของจุลชีพไว้ จึงต้องพิจารณาความหมายทางวิชาการตามที่เข้าใจกันในสาขาจุลชีววิทยา จุลชีพ หมายถึง สิ่งมีชีวิตที่มีขนาดเล็กมากๆ และอาจไม่สามารถจะมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า จึงจำเป็นต้องใช้อุปกรณ์บางอย่างช่วยในการสังเกต เช่น กล้องจุลทรรศน์ ตัวอย่างของจุลินทรีย์ (Microorganism) เช่น แบคทีเรีย รา ยีสต์ อาร์เคีย (Archaea) โปรโตซัว (Protozoa) หรือแม้แต่ไวรัส (Virus) และไวรอยด์ (Viroid)¹⁹

2.2 สารสกัด คืออะไร

สารสกัด หมายถึง สารเคมี หรือเคมีภัณฑ์ ที่ได้มาจากการสกัดด้วยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีจากตัวของสัตว์ตามธรรมชาติ

ซึ่งสารสกัดที่ผู้เขียนได้กำหนดข้างต้นนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นใหม่ มิใช่สิ่งที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติ หมายความว่า จะต้องเป็นการสกัดหรือคัดแยกสิ่งที่ได้จากตัวสัตว์ตามธรรมชาติออกมาแล้วนำมาประกอบขึ้นใหม่โดยผ่านกรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรม (Genetic engineering) ถ่ายโอนยีน (Gene transfer) หรือการโคลนนิ่ง (cloning) เป็นต้น จนทำให้เกิดความแตกต่างและแบ่งแยกได้อย่างชัดเจนระหว่างสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ตามหลักผลิตผลของธรรมชาติ (Product of Nature) กับสิ่งที่มนุษย์เป็นผู้สร้างขึ้น และเมื่อมนุษย์เป็นผู้สร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ ซึ่งไม่เคยปรากฏมาก่อนให้เกิดขึ้นบนโลก สิ่งประดิษฐ์เหล่านั้นย่อมต้องถือว่าเป็นเกิดจากสติปัญญาของมนุษย์โดยแท้ดังเช่น คดี Merck & Co. v. Olin Mathieson Chemical Corp.²⁰ ซึ่งก่อนหน้าการค้นพบ

¹⁹เทคโนโลยีชีวภาพ แหล่งรวมความรู้ทางเทคโนโลยีชีวภาพ [Online], available URL: <https://www.thaibiotech.info/what-is-microorganism.php>, 2018 (February, 5).

²⁰Merck & Co. v. Olin Mathieson Chemical Corp., 152 F.Supp. 690, Western District of Virginia (1957) [Online], available URL: <https://www.ravellaw.com/opinions/5d78e22d0f8ba3df69bb6906726bf529>, 2018 (February, 5)

ของบริษัทเมอร์ก มีสารชนิดหนึ่ง ซึ่งรู้จักกันว่าเป็นสารป้องกันโรคโลหิตจางชนิดหนึ่ง (Pernicious Anemia) ที่ได้จากตับวัว และจุลชีพบางชนิด บริษัทเมอร์กได้มีการค้นพบว่าถ้านำแบคทีเรียชนิดหนึ่ง (Streptomyces Griseus) ไปหมักในอาหารเหลว (Broth) จะได้สารชนิดหนึ่งที่ออกฤทธิ์ทำนองเดียวกับสารที่ใช้ป้องกันโรคโลหิตจางดังกล่าวจนได้เป็นวิตามินชนิดละลายน้ำ (Water-soluble Vitamin) ใช้ชื่อว่า “วิตามินบี 12” โดยศาลได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่วิตามินบี 12 ซึ่งสกัดจากตับของสัตว์ ดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าก่อนหน้าการค้นพบของบริษัทเมอร์กไม่ปรากฏว่ามีวิตามินชนิดนี้ หรือผลิตภัณฑ์อื่นที่จะเทียบเคียงกับวิตามินชนิดนี้มาก่อน และไม่ปรากฏว่ามีบุคคลอื่นสกัดสารสกัดชนิดนี้ได้ ศาลจึงเห็นว่าวิตามินบี 12 มิใช่เป็นเพียงผลิตภัณฑ์ชนิดใหม่เท่านั้น แต่กรรมวิธีในการผลิตสารนี้ก็เป็นกรรมวิธีใหม่อีกด้วย โดยสามารถใช้แทนตับวัวในการผลิตได้ สารนี้จึงไม่เหมือนกับสารชนิดเดิมที่มีอยู่แล้วศาลยังให้เหตุผลอีกว่าสารที่ได้จากการหมักนั้นแทบจะเป็นสิ่งไม่มีคุณค่าเลย (Complete Uselessness) แต่การค้นพบว่าหากทำให้สารดังกล่าวบริสุทธิ์ทำให้สารนี้นำมาใช้ในทางการแพทย์ได้ และมีคุณค่าสูงในทางการค้า (Great and Perfected Utility) ขั้นตอนนับแต่การได้สารนี้จากการหมักจนถึงขั้นตอนทำให้สารนี้กลายเป็นสารบริสุทธิ์เป็นการทำสิ่งที่แตกต่างจากสารเดิม ศาลจึงเห็นว่าวิตามินบี 12 ของบริษัทเมอร์กในคดีนี้เป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้

3. ประเด็นปัญหาการให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ประเภทจุลชีพและสารสกัดจากสัตว์

จากคำนิยามดังกล่าวเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ประเภทจุลชีพ ส่วนประกอบ หรือสารสกัดจากสัตว์ แม้ว่าการค้นพบนั้นจะมาจากการวิจัย การประดิษฐ์คิดค้น การใช้กำลังกายและสติปัญญาของผู้ประดิษฐ์เองก็ตามก่อให้เกิดปัญหาต่อการคุ้มครองสิทธิบัตรในเรื่องดังกล่าวอย่างเห็นได้ชัด และด้วยข้อจำกัดทางกฎหมายส่งผลให้เกิดกับดักในการพัฒนาประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนพัฒนา หรือดำเนินการวิจัยทางเทคโนโลยีในการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ประเภทจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ในประเทศไทยเป็นอย่างมาก ผู้เขียนจึงขอเสนอสภาพปัญหาที่สำคัญ 3 ประการ ดังนี้

3.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดการรับรองสิทธิบัตรในจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ ซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เนื่องจากพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มิได้ระบุนิยามศัพท์เพื่อขยายความคำว่า สัตว์ หรือพันธุ์สัตว์ไว้ จึงต้องพิจารณาจากความหมายโดยเทียบเคียงกับกฎหมายที่ใกล้เคียง ตลอดจนหลักวิชาการทางชีววิทยาโดยทั่วไป ซึ่งพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้นิยามความหมายของคำว่า “สัตว์” ไว้ว่า หมายถึงสิ่งมีชีวิตที่ไม่ใช่พืชและไม่ใช่มนุษย์ประกอบด้วยมาตรา 3 แห่ง

พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สัตว์” ไว้ว่า สัตว์ที่โดยปกติเลี้ยงไว้เพื่อเป็นสัตว์บ้าน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นพาหนะ สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการแสดง หรือสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการอื่นใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีเจ้าของหรือไม่ก็ตาม และให้หมายความรวมถึงสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

นอกจากนี้ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทดลองทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ. 2558 ยังกล่าวถึงนิยามคำว่าสัตว์ ไว้ว่า “สัตว์” หมายความว่า (1) สิ่งมีชีวิตในอาณาจักรสัตว์ที่มีกระดูกสันหลังซึ่งไม่ใช่มนุษย์ (2) ตัวอ่อนของสัตว์ ที่เกิดขึ้นหลังจากไข่ได้รับการผสมกับเชื้ออสุจิจนผ่านระยะเวลาที่มีการเจริญเติบโตจนถึงครึ่งหนึ่งของระยะเวลาการตั้งท้องหรือการฟักตัวของไข่ แล้วแต่ชนิดของสัตว์ (3) เซลล์ของสัตว์ ซึ่งไม่ใช่เซลล์สืบพันธุ์ที่สามารถพัฒนาเพิ่มจำนวนขึ้นเป็นตัวอ่อนหรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของอวัยวะต่อไปได้โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงรหัสพันธุกรรมไปจากเดิม และ (4) สิ่งมีชีวิตอื่นที่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ว่ามีประสาทรับรู้ถึงความเจ็บปวดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในส่วนของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2535 แม้จะมีได้ให้คำนิยามของคำว่า “สัตว์” ไว้โดยตรง แต่ให้คำนิยามความหมายของคำว่า “สัตว์ป่า” ไว้ในมาตรา 4 ว่า หมายถึง สัตว์ทุกชนิดไม่ว่าสัตว์บก สัตว์น้ำ สัตว์ปีก แมลงหรือแมง ซึ่งโดยสภาพธรรมชาติย่อมเกิดและดำรงชีวิตอยู่ในป่าหรือในน้ำ และให้หมายความรวมถึงไข่ของสัตว์ป่าเหล่านั้นทุกชนิดด้วย แต่ไม่หมายความรวมถึงสัตว์พาหนะที่ได้จดทะเบียนทำตัวรูปพรรณตามกฎหมายว่าด้วยสัตว์พาหนะแล้ว และสัตว์พาหนะที่ได้มาจากการสืบพันธุ์ของสัตว์พาหนะดังกล่าว

จากนิยามของกฎหมายดังกล่าว ทำให้สามารถแยกประเภทของสัตว์ ออกได้ 2 ประเภท คือ ประเภทสัตว์เลี้ยง และประเภทสัตว์ป่า ซึ่งสัตว์เลี้ยงนั้น เป็นสัตว์ที่มนุษย์เลี้ยงไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นเพื่อนในบ้าน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นพาหนะ สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการแสดง เป็นต้น ซึ่งในประเภทแรกนี้ มนุษย์เป็นเจ้าของและครอบครองดูแล ตลอดจนให้อาหารเพื่อให้สัตว์นั้นดำรงชีพอยู่ได้ ส่วนประเภทที่สอง ซึ่งเป็นประเภทสัตว์ป่านั้น เป็นสัตว์ที่เกิดและเติบโตเองในธรรมชาติ ดำรงชีพด้วยตัวของสัตว์เอง ไม่ได้ถูกเลี้ยงและให้อาหารโดยมนุษย์ จึงไม่มีมนุษย์เป็นเจ้าของและครอบครองดูแล

นอกจากตัวของสัตว์ที่สามารถระบุชนิด ประเภท และพันธุ์ของสัตว์ข้างต้นแล้ว ยังรวมถึงตัวอ่อนของสัตว์ชนิดนั้น เซลล์ของสัตว์ และส่วนหนึ่งส่วนใดที่มีประสาทรับรู้ความเจ็บปวด ซึ่งแยกออกจากตัวสัตว์ เช่น สารสกัดที่ได้จากสัตว์ ซึ่งสามารถแยกเซลล์ออกจากตัวสัตว์ได้อย่างชัดเจน และมีประสาทรับรู้ความเจ็บปวดในตัวเอง ยกตัวอย่างเช่น เซลล์กล้ามเนื้อของสัตว์บางชนิดที่ใช้กระบวนการทางวิทยาศาสตร์ แยกตัวออกมาจากตัวสัตว์ชนิดหนึ่ง เพื่อนำไปผสมกับสัตว์อีกชนิดหนึ่ง

ก่อให้เกิดสัตว์ชนิด ประเภท และพันธุ์ใหม่ อาทิ Leopon เกิดจากการผสมพันธุ์ระหว่างเสือดาวตัวผู้กับสิงโตตัวเมีย Grolar Bear เกิดจากการผสมพันธุ์ระหว่างหมีขั้วโลกสีขาวกับหมีกริซลีสีน้ำตาล หรือ Wholphin ซึ่งเกิดจากการผสมพันธุ์ระหว่างวาฬกับโลมา เป็นต้น ด้วยกระบวนการประดิษฐ์คิดค้นทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า การจะได้มาซึ่งผลงานทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละอย่าง จำต้องอาศัยความวิริยะอุตสาหะ ทักษะ ตลอดจนทรัพยากรต่างๆ ซึ่งบางครั้งต้องใช้งบลงทุนสูง ดังนั้น สิทธิในผลงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมานั้นจึงควรตกเป็นของผู้สร้างสรรค์โดยธรรมชาติ (natural rights) และเป็นธรรมดาเช่นกันที่มักจะมีบุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาต แสดงความเห็นแก่ตัวด้วยการลอกเลียนแบบงานทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อหาประโยชน์ทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของผลงาน อันจะทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของผลงานและต่อเศรษฐกิจโดยรวม 2 ประการสำคัญ ได้แก่

ประการแรก คือ จะเป็นผลให้บุคคลใดๆ ขาดแรงจูงใจในการคิดค้นสร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ เนื่องจากลงแรงงาน ความพยายามอุตสาหะไปแล้วกลับถูกขโมยไปเป็นผลงานไปหาประโยชน์โดยไม่ได้รับค่าตอบแทนใดๆ

ประการที่สอง คือ แม้บุคคลใดสร้างผลงานขึ้นมาแล้วก็จะไม่ยอมลงทุนเพื่อนำงานตนเองออกสู่สาธารณะเพราะจะถูกผู้อื่นแย่งตลาดจนไม่คุ้มค่าการลงทุน หากไม่มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาผู้คิดค้นก็จะใช้วิธีดั้งเดิม คือ การเก็บสิ่งที่ตนเองสร้างสรรค์หรือคิดค้นไว้เป็นความลับเพื่อไม่ให้ผู้อื่นมาเห็นหรือพบ แต่วิธีนี้สิ่งที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้น ก็จะหายไปหากเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาถึงแก่ความตายไป ความลับเหล่านี้ก็จะสูญหายไปด้วย และสังคมจะสูญเสียโอกาสที่ผู้อื่นจะนำมาพัฒนาต่อยอด ปัญหาดังกล่าวทำให้เกิดแนวคิดเรียกร้องให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้สร้างสรรค์ในการที่จะใช้ หรือป้องกันผู้อื่นเข้ามาละเมิดผลงานของตน และวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการให้ความคุ้มครองก็คือ การใช้มาตรการทางกฎหมาย อันได้แก่ การกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตแห่งสิทธิเพื่อการคุ้มครองไว้ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นเกิดจากกระบวนการบัญญัติที่สร้างขึ้นตามแนวทางแต่ละประเทศไป

แสดงให้เห็นว่า เมื่อมนุษย์สามารถประดิษฐ์ คิดค้น ออกแบบสิ่งใดที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถ ทักษะพิเศษ อันมีลักษณะเฉพาะตัวของแต่ละบุคคล ตลอดจนปัจจัยด้านเงินงบประมาณที่สนับสนุนการประดิษฐ์ คิดค้น ออกแบบให้ประสบผลสำเร็จนั้น จึงถือเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของมนุษย์ที่จะได้รับการคุ้มครองในสิ่งที่เกิดจากความรู้ ความสามารถ ทักษะ และปัจจัยเฉพาะตัวนั้น ในฐานะทรัพย์สินทางปัญญา

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันได้รับรองสิทธิของบุคคลในทางทรัพย์สินไว้ใน มาตรา 37 วรรคหนึ่ง ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก” ซึ่งทรัพย์สินที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองแก่บุคคลนั้น ย่อมรวมถึง

ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง แต่มีราคา และอาจถือเอาประโยชน์ได้ ซึ่งก็ได้แก่ ทรัพย์สินทางปัญญานั้นเอง ประกอบกับมาตรา 69 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ยังกำหนดให้รัฐมีหน้าที่จัดให้มีและส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและศิลปวิทยาการแขนงต่างๆ ให้เกิดความรู้ การพัฒนา และนวัตกรรม เพื่อความเข้มแข็งของสังคมและเสริมสร้างความสามารถของคนในชาติ และมาตรา 258 ยังกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการปฏิรูปด้านเศรษฐกิจซึ่งอย่างน้อยต้องมุ่งให้เกิดผลในการสร้างกลไกเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการนำความคิดสร้างสรรค์และเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศซึ่งการปฏิรูปประเทศด้านเศรษฐกิจดังกล่าว สอดคล้องกับมาตรา 65 ที่กำหนดให้รัฐต้องจัดทำยุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาล ทั้งนี้ ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ.2561-2580) ตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ.2560 ซึ่งออกตามความในมาตรา 65 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น กำหนดยุทธศาสตร์ชาติในยุทธศาสตร์ที่ 2 ด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขัน ซึ่งมีเป้าหมายที่จะพัฒนาประเทศและยกระดับศักยภาพของประเทศในหลากหลายมิติ²¹ หนึ่งในประเด็นยุทธศาสตร์ย่อย คือการสร้างเกษตรชีวภาพ ซึ่งรัฐต้องมุ่งส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศในการสร้างมูลค่าเพิ่มของภาคการผลิต และนำไปสู่การผลิตและพัฒนาผลิตภัณฑ์มูลค่าสูงจากฐานเกษตรกรรมและฐานทรัพยากรชีวภาพ ตลอดจนสร้างความมั่นคงของประเทศทั้งด้านอาหารและสุขภาพ²²

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นยุทธศาสตร์ย่อยที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การพัฒนาอุตสาหกรรมและบริการแห่งอนาคต ซึ่งรัฐต้องมุ่งส่งเสริมอุตสาหกรรมชีวภาพ โดยใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อต่อยอดจากภาคเกษตรไทยและมุ่งสู่อุตสาหกรรมบนฐานชีวภาพที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม รวมถึงพลังงานชีวมวล โดยการเพิ่มสัดส่วนอุตสาหกรรมชีวภาพที่มีมูลค่าเพิ่มสูงได้แก่ ชีวเคมีภัณฑ์วัสดุชีวภาพ อาหารเสริม เวชสำอาง วัคซีน ชีวเภสัชภัณฑ์และสารสกัดจากสมุนไพร การเพิ่มการผลิตและส่งเสริม การใช้พลาสติกชีวภาพ แพลงของเหลือทิ้งจากเกษตรและอุตสาหกรรม ให้เป็นสารเคมีและพลังงานชีวภาพที่มีมูลค่า โดยใช้ประโยชน์จากวัตถุดิบชีวมวล ในการผลิตพลังงานไฟฟ้าอย่างคุ้มค่า เพื่อลดปัญหาโลกร้อน และสร้างรายได้แก่เกษตรกรเพิ่มมากขึ้น การเน้นการวิจัยและพัฒนา และนำผลงานวิจัยมาใช้ในการเชิงพาณิชย์มากยิ่งขึ้น ตลอดจนให้ความสำคัญกับระบบนวัตกรรมแบบเปิด เพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมชีวภาพได้เร็วขึ้น

²¹ ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2561-2580), “แนบท้ายประกาศ เรื่อง ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ.2561-2580) ลงวันที่ 8 ตุลาคม 2561,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 135 ตอนที่ 82 ก (13 ตุลาคม 2561): 21.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นยุทธศาสตร์ชาติ ยุทธศาสตร์ที่ 6 ด้านการสร้างการเติบโตบนคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม กำหนดให้รัฐต้องส่งเสริมและสร้างเศรษฐกิจฐานชีวภาพอุบัติใหม่ และส่งเสริมการท่องเที่ยวเชิงอนุรักษ์ที่มีคุณภาพ เพื่อเพิ่มมูลค่าของเศรษฐกิจชีวภาพให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขันด้วย

จากยุทธศาสตร์ชาติระยะ 20 ปี ดังกล่าวข้างต้น ส่งผลให้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2560-2564) ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน²³ เป็นแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับแรก ที่มีการยึดโยงยุทธศาสตร์ชาติและวาระการปฏิรูปประเทศ ตลอดจนกำหนดการดำเนินการและมาตรการต่างๆ อย่างเป็นรูปธรรม²⁴ เพื่อนำพาประเทศไปสู่เป้าหมายการพัฒนาที่ว่า “ประเทศชาติมั่นคง ประชาชนมีความสุข เศรษฐกิจพัฒนาอย่างต่อเนื่อง สังคมเป็นธรรม ฐานทรัพยากรธรรมชาติยั่งยืน” ทั้งนี้ ยุทธศาสตร์สำคัญภายใต้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและคุ้มครองการประดิษฐ์คิดค้น หรือการคุ้มครองสิทธิบัตรนั้น ได้แก่ ยุทธศาสตร์ที่ 3 ว่าด้วยการสร้างความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจและแข่งขันได้อย่างยั่งยืน²⁵ ซึ่งมีแนวทางและมาตรการสำคัญ คือ การมุ่งปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเกษตร พืชและสัตว์ให้ทันสมัย เช่น กฎหมายด้านสารเคมี กฎหมายด้านสหกรณ์ กฎหมาย ด้านปฏิรูปที่ดิน กฎหมายด้านอาหาร และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานสินค้าเกษตร และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบัตร เป็นต้น²⁶ นอกจากนี้ ยังมุ่งปรับปรุงกฎหมายและระเบียบที่เอื้อให้เกิดอุตสาหกรรมสำหรับอนาคต อาทิ ด้านการส่งเสริมการลงทุนของอุตสาหกรรม ด้านการนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ ด้านการให้การรับรองและทดสอบมาตรฐาน ด้านการวิจัยและพัฒนาโดยต้องให้ความสำคัญกับการอำนวยความสะดวกและความสอดคล้องกันของกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับสังคมและสิ่งแวดล้อม เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนและสนับสนุนให้เกิดการเกื้อกูลกันเพื่อความสมดุลของการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน รวมถึงยุทธศาสตร์ชาติ ระยะ 20 ปี สำหรับการปฏิรูปและพัฒนาประเทศ ตลอดจนแผนพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติฉบับปัจจุบัน ได้ให้ความสำคัญกับการพัฒนาและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน

²³ “ประกาศ เรื่อง แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2560-2564) ลงวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ.2559,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 113 ตอนที่ 155 ก (30 ธันวาคม 2559).

²⁴ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, *สรุปสาระสำคัญ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2560-2564)* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานกฤษฎีกา, 2559), หน้า 2-3.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินทุกประเภท และรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาด้วย นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการพัฒนาและส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และทรัพยากรด้านชีวภาพ เพื่อส่งเสริมการค้า การลงทุน การพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ซึ่งจะก่อมูลค่าทางเศรษฐกิจและนำพาประเทศให้ก้าวไปสู่ประเทศที่พัฒนา และเป็นผู้นำในภูมิภาค ซึ่งกลไกสำคัญที่จำเป็นอย่างยิ่งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาคือ จะต้องมียุทธศาสตร์และกฎหมายที่เป็นธรรมในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และส่งเสริมการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท อาทิ กฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ กฎหมายเกี่ยวกับการทดลองวิจัยในสัตว์และพืช กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์²⁷ โดยมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง ได้แก่ คณะกรรมการนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาแห่งชาติ ซึ่งมอบหมายให้กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ เป็นผู้ดำเนินการหลักเกี่ยวกับกำหนดแนวทางการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศในระยะ 20 ปีให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ²⁸ ซึ่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้กำหนดวิสัยทัศน์การดำเนินงาน ภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ และแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กล่าวคือ มุ่งยกระดับการพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศ ก้าวสู่ประเทศไทย 4.0 (Thailand 4.0) ภายในปี พ.ศ.2565²⁹ โดยมียุทธศาสตร์การพัฒนาที่สำคัญ คือ พัฒนาระบบคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาให้สะดวก รวดเร็ว และเป็นมาตรฐานสากลโดยอาศัยมาตรการหรือแนวทางที่สำคัญ ได้แก่ พัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้เป็นสากลและสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ซึ่งตราขึ้นก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะใช้บังคับ กำหนดให้การประดิษฐ์ที่เกิดจากจุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช รวมถึงวิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมมนุษย์ หรือสัตว์ ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และไม่อาจขอรับสิทธิบัตรตามมาตรา 5 และอนุสิทธิบัตร ตามมาตรา 65 ตรี ของพระราชบัญญัติเดียวกันได้นั้น ก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีพันธุวิศวกรรมในสัตว์ สำหรับอุตสาหกรรมการผลิตอาหาร หรือการอนุรักษ์สัตว์หายากในประเทศ กล่าวคือ แม้มีผู้ประดิษฐ์คิดค้น หรือตัดแต่งพันธุกรรมสัตว์ทนทานต่อโรคในสัตว์ ให้สามารถเจริญเติบโตและสร้างผลผลิตในอุตสาหกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ผู้ประดิษฐ์คิดค้นดังกล่าว อาทิ เกษตรกร ผู้ผสมพันธุ์

²⁷ กระทรวงพาณิชย์, แผนยุทธศาสตร์กระทรวงพาณิชย์ พ.ศ.2559-2564 (กรุงเทพมหานคร: กองยุทธศาสตร์และแผนงาน สำนักงานปลัดกระทรวงพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, 2559), หน้า 3-4.

²⁸ มติที่ประชุมคณะกรรมการนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาแห่งชาติ ครั้งที่ 1/2559 เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2559.

²⁹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, แผนที่นำทาง (Roadmap) ด้านทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศ ระยะ 20 ปี สู่ประเทศไทย 4.0 (กรุงเทพมหานคร: กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 2560), หน้า 2.

นักวิทยาศาสตร์ หรือสัตว์แพทย์ ก็ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรในพันธุ์สัตว์นั้นได้เนื่องจากว่าการคิดค้นนั้นจำเป็นต้องใช้จุลชีพของสัตว์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ หรือสกัดสารหรือยีนบางประเภทออกจากสัตว์ ซึ่งมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ขอรับสิทธิบัตร ส่งผลให้ผู้ประดิษฐ์คิดค้นไม่สามารถได้รับการคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองสิทธิได้อย่างมีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดอุปสรรคขัดขวางการพัฒนาประเทศในด้านเศรษฐกิจฐานชีวภาพ เนื่องจากไม่มีประชาชน หรือนิติบุคคล ตลอดจนผู้ประกอบการใดที่จะพัฒนาหรือประดิษฐ์คิดค้นพันธุ์สัตว์ หรือสารสกัด หรือจุลชีพ เพื่อใช้ประโยชน์ต่อยอดในทางธุรกิจ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่คุ้มครองในการประดิษฐ์คิดค้นดังกล่าว

นอกจากนี้ บทบัญญัติ มาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ยังเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมด้านการเกษตร ความมั่นคงทางด้านอาหาร และการรักษาโรค เนื่องจากประชาชนนิติบุคคล ตลอดจนผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง ไม่กล้าลงทุนที่จะพัฒนาหรือคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นนวัตกรรมใหม่ สำหรับโลกในยุคศตวรรษที่ 21 เพราะการประดิษฐ์ คิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ ที่เกิดจากสัตว์ พันธุ์สัตว์ สารสกัด หรือจุลชีพ แม้จะเป็นประโยชน์ที่สามารถสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจได้ แต่ก็ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ซึ่งส่งผลให้มีการลอกเลียนแบบ หรือถือเอาประโยชน์โดยมิชอบจากบุคคลอื่น ทำให้ประชาชน นิติบุคคล และผู้ประกอบการไม่กล้าลงทุนที่จะพัฒนานวัตกรรมใหม่ๆ สำหรับสังคม

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า มาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของรัฐ มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 37 วรรคหนึ่ง มาตรา 65 มาตรา 69 และมาตรา 258 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน

3.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการขอรับสิทธิบัตรในจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ที่มีนวัตกรรมขั้นสูง

สิทธิบัตรการประดิษฐ์ (Patent) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดจากผลงานสร้างสรรค์จากการประดิษฐ์ที่มีลักษณะของการแก้ปัญหาทางเทคนิคที่ไม่สามารถคิดขึ้นโดยง่าย อย่างไรก็ตาม หากพิจารณานิยามศัพท์ของคำว่า “งานทางวิทยาศาสตร์” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558 จะพบว่า กฎหมายให้ความหมายงานทางวิทยาศาสตร์ ว่าหมายถึง งานวิจัย งานทดสอบ งานผลิตชีววัตถุ งานสอน งานทดลอง การดัดแปลงพันธุกรรม การโคลนนิ่ง และการทำเซลล์ต้นกำเนิด และหากพิจารณานิยามศัพท์ของคำว่า “สัตว์” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งหมายความว่า สิ่งมีชีวิตในอาณาจักรสัตว์ที่มีกระดูกสันหลังซึ่งไม่ใช่มนุษย์ ตัวอ่อนของสัตว์ที่เกิดขึ้นหลังจากไข่ได้รับการผสมกับเชื้ออสุจิจนผ่านระยะเวลาที่มีการเจริญเติบโตจนถึงครึ่งหนึ่งของระยะเวลาการตั้งครรภ์หรือการฟักตัวของไข่ แล้วแต่ชนิดของสัตว์ เซลล์ของสัตว์ ซึ่งไม่ใช่เซลล์สืบพันธุ์

ที่สามารถพัฒนาเพิ่มจำนวนขึ้นเป็นตัวอ่อนหรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของอวัยวะต่อไปได้ โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงรหัสพันธุกรรมไปจากเดิม และให้หมายความรวมถึงสิ่งมีชีวิตอื่นที่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ว่ามีประสาทรู้ถึงความเจ็บปวดและเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 31 ของพระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558 จะพบว่า กฎหมายอนุญาตให้มีการดำเนินการพัฒนาสายพันธุ์ การสืบสายพันธุ์ การเพาะขยายพันธุ์ การศึกษาเซลล์ต้นกำเนิด การดัดแปลงพันธุกรรม การโคลนนิ่ง โดยต้องขออนุญาตเลขาธิการคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการดำเนินการต่อสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์กำหนด

จากกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ในปัจจุบันประเทศไทยสามารถนำสัตว์ทดลองจนวนตัวอ่อนของสัตว์ เซลล์ของสัตว์ ตัวอ่อน อวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของสัตว์ ไปทำการทดลองทางวิทยาศาสตร์ในลักษณะของการพัฒนาสายพันธุ์ การสืบสายพันธุ์ การเพาะขยายพันธุ์ การศึกษาเซลล์ต้นกำเนิด การดัดแปลงพันธุกรรม รวมถึงการโคลนนิ่ง ซึ่งสิ่งเหล่านี้ย่อมต้องใช้ความรู้ ทักษะ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ของบุคคลผู้ทำการทดลอง รวมถึงต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง และงบประมาณจำนวนมาก ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นลักษณะเฉพาะของบุคคล หรือนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการวิจัย และจากการใช้ลักษณะเฉพาะดังกล่าว ก่อให้เกิดสิ่งประดิษฐ์หรือนวัตกรรมใหม่ๆ ที่ได้จากสัตว์หรือพันธุ์สัตว์ ทั้งที่เป็นจุลชีพ หรือสารสกัด ยีน หรือเซลล์ซึ่งสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางวิทยาศาสตร์ การแพทย์ การรักษาพยาบาล หรือวิศวกรรมชีวภาพ และต่อยอดเพื่อพัฒนาในเชิงอุตสาหกรรม หรือการพาณิชย์ได้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558 ก็ไม่ได้บัญญัติสิทธิหรือรับรองสิทธิแก่ผู้ทำการทดลองสัตว์ทางวิทยาศาสตร์แล้วเกิดการประดิษฐ์ นวัตกรรมหรือองค์ความรู้ใหม่ เช่น สามารถพัฒนาสายพันธุ์ใหม่ของสัตว์ สามารถพัฒนาการสืบสายพันธุ์ของสัตว์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น สามารถเพาะขยายพันธุ์สัตว์ได้มากขึ้น สามารถค้นพบเซลล์ต้นกำเนิดของสัตว์ สามารถดัดแปลงพันธุกรรมสัตว์ให้มีลักษณะโดดเด่นมากยิ่งขึ้น รวมถึงการโคลนนิ่งสัตว์หรือพันธุ์สัตว์ สิ่งเหล่านี้พระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558 ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าให้ผู้ทำการทดลองเป็นเจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์หรือค้นพบนั้น จึงต้องกลับไปใช้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้การคุ้มครองในการประดิษฐ์คิดค้นในประเทศไทย และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 9 การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- (2) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ
- (3) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม”

ประกอบกับเมื่อพิจารณามาตรา 9 (1) และ (4) ของพระราชบัญญัติเดียวกันก็จะพบว่า จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติสัตว์ หรือสารสกัดจากสัตว์ ตลอดจนวิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคสัตว์ ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรเพื่อรับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ แม้ว่า จุลชีพ ส่วนประกอบ สารสกัด หรือวิธีการวินิจฉัย บำบัด รักษาโรคสัตว์ จะเกิดการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ที่ใช้เทคโนโลยี ความรู้ ทักษะ ความเชี่ยวชาญขั้นสูง หรือสามารถนำไปต่อยอดในทางอุตสาหกรรมเพื่อการพาณิชย์ได้ก็ตาม แสดงให้เห็นโดยชัดว่า ประเทศไทยยินยอมให้มีการพัฒนา ประดิษฐ์ คิดค้น หรือทำการทดลองทางวิทยาศาสตร์กับสัตว์ เพื่อให้เกิดสิ่งประดิษฐ์ใหม่ นวัตกรรมใหม่ เพื่อสนองการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและอุตสาหกรรมของประเทศ และกฎหมายยอมรับว่า การสร้างสิ่งประดิษฐ์ใหม่ นวัตกรรมใหม่ที่ได้จากตัวของสัตว์หรือพันธุ์ของสัตว์ใดๆ จะปรากฏในรูปแบบของจุลชีพ สารสกัด เซลล์ ยีน แต่กลับไม่มีบทบัญญัติที่ให้การรับรองสิทธิเพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ที่ดำเนินการประดิษฐ์คิดค้น ทดลองหรือวิจัยแต่อย่างใด ซึ่งกรณีดังกล่าว ผู้เขียนได้นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ 2 ระบบ ดังนี้

3.2.1 ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา (U.S. Patent Law) ผู้เขียนพบว่า มาตรา 101 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์สำหรับขอรับสิทธิบัตรไว้ 4 ประการด้วยกัน คือ

1) ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ (Patentable Subject Matter) ลักษณะของการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 101 แห่งรัฐบัญญัติสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดไว้ ดังนี้³⁰

- (1) กรรมวิธี (Process)
- (2) เครื่องจักรกล (Machine)
- (3) ผลิตผล (Manufacture)
- (4) ส่วนประกอบของวัตถุ (Composition of Mater)
- (5) การกระทำใดๆ ซึ่งใหม่และเป็นประโยชน์อันทำให้สิ่งต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นดีขึ้น

2) ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่เป็นประโยชน์ (Useful) ต่อสังคมและความก้าวหน้าของประเทศชาติ³¹ ซึ่งเป็นแนวความคิดของระบบสิทธิบัตรของสหราชอาณาจักรหรือกลุ่มประเทศในสหภาพยุโรป

³⁰ 35 U.S.C. 101 Inventions patentable [Online], available URL: https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf, 2019 (July, 14).

3) ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty) ซึ่งหมายถึง การประดิษฐ์ที่ไม่เคยมีหรือปรากฏ หรือเผยแพร่ หรือจำหน่ายมาก่อนวันที่มีการขอรับการคุ้มครองสิทธิบัตร

4) ต้องไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่าย (Non-Obvious) ต้องไม่สามารถคิดหรือทำได้โดยง่ายโดยบุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญในสาขาของการประดิษฐ์นั้นๆ ซึ่งการพิจารณาว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นที่ประจักษ์โดยง่ายหรือไม่นั้น พิจารณาโดยการเปรียบเทียบกับงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (Prior Art)³² และบางครั้งก็อาจพิจารณาโดยนำปัจจัยภายนอกอย่างอื่นมาใช้เพื่อประกอบการพิจารณา เช่น ผลกำไรจากการจำหน่ายสินค้า

ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นการประดิษฐ์หรือไม่นั้น คือ “สิ่งใดจะมีอยู่แล้วตามธรรมชาติหรือไม่ไม่ใช่สิ่งสำคัญ ความสำคัญอยู่ที่ว่าได้ใช้กรรมวิธีทางเทคนิค เพื่อผลิตสิ่งดังกล่าวได้หรือไม่ หรือว่าสิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่อาจนำไปประยุกต์ใช้ในทางเทคนิคหรือในทางอุตสาหกรรมได้หรือไม่”³³ หรืออาจกล่าวได้ว่าสิ่งที่เป็นผลผลิตของธรรมชาติโดยตรงที่อาจบ่งชี้หรือระบุตัวตนได้ในสภาพตามธรรมชาติ เช่น แร่ธาตุต่างๆ ไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ แต่สำหรับสิ่งที่แม้จะมีอยู่ในธรรมชาติ แต่การกำหนดตัวไม่อาจกระทำได้ ยกเว้นจะต้องทำการสกัดหรือแยกสิ่งดังกล่าวออกมาจากสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติด้วยวิธีการทางเทคนิคเสียก่อน เช่น สารอัลคาลอยด์สในพืช

³¹ จันทิมา แสงจันทร์, “การบังคับใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ: ศึกษากรณี Patent Troll,” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยนเรศวร (พฤศจิกายน 2556): 60.

³² U.S. Code Title 35. PATENTS Part II. PATENTABILITY OF INVENTIONS AND GRANT OF PATENTS Chapter 10. PATENTABILITY OF INVENTIONS Section 102. Conditions for patentability; novelty (d) Patents and Published Applications Effective as Prior Art.—For purposes of determining whether a patent or application for patent is prior art to a claimed invention under subsection (a) (2), such patent or application shall be considered to have been effectively filed, with respect to any subject matter described in the patent or application—

(1) if paragraph (2) does not apply, as of the actual filing date of the patent or the application for patent; or

(2) if the patent or application for patent is entitled to claim a right of priority under section 119, 365 (a), 365 (b), 386 (a), or 386 (b), or to claim the benefit of an earlier filing date under section 120, 121, 365 (c), or 386 (c), based upon 1 or more prior filed applications for patent, as of the filing date of the earliest such application that describes the subject matter.

³³ Patent Act of 1790, Ch. 7, 1 Stat. 109-112 (April 10, 1790) The First United States Patent Statute, CHAP. VII. --An Act to promote the progress of useful Arts. (a), Section 2.

ถือว่าเป็นการประดิษฐ์ เพราะเป็นสารที่ได้จากการสกัดจากพืชโดยใช้กรรมวิธีทางเทคนิค³⁴ หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ในคดี *Diamond v Chakrabarty* ตัดสินในปี ค.ศ.1980 (447 U.S. 303 (1980))³⁵ ซึ่งข้อเท็จจริงและแนวคำพิพากษาของคดีนั้น สามารถกล่าวโดยสรุปคือ ได้มีการขอรับสิทธิบัตรในแบคทีเรียชนิดหนึ่งต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ โดยแบคทีเรียดังกล่าวถูกสร้างขึ้นโดยใช้กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา แบคทีเรียที่สร้างขึ้นมีคุณสมบัติที่สามารถกำจัดคราบน้ำมันที่ลอยอยู่บนผิวน้ำ ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการทำความสะอาดแหล่งน้ำที่ปนเปื้อนคราบน้ำมัน และคุณสมบัติพิเศษนี้เองเป็นคุณสมบัติพิเศษที่ไม่ปรากฏในแบคทีเรียที่มีอยู่ตามธรรมชาติ

ประเด็นข้อขัดแย้งในการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรดังกล่าวคือ การประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ตามกฎหมายหรือไม่ เมื่อคดีได้เข้าสู่การพิจารณาของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ศาลอ้างอิงกฎหมาย Title 35 U.S.C. Section 101³⁶ และได้ตัดสินว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ โดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่า กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์ที่ไม่มีชีวิตกับการประดิษฐ์ที่มีชีวิต กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่า สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็นผลงานของมนุษย์ มิใช่สิ่งที่เกิดเองตามธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรมิได้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งนั้นเป็นสิ่งมีชีวิต ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกายังได้กล่าวสรุปไว้ด้วยว่า กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ เปิดโอกาสให้มีการคุ้มครอง “สิ่งใดๆ ก็ตามที่อยู่ภายใต้ดวงอาทิตย์ซึ่งทำขึ้นโดยมนุษย์”³⁷ ส่งผลให้คำพิพากษาของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ในคดี *Diamond v Chakrabarty* นี้ ถือเป็นบรรทัดฐานของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพที่มีอิทธิพล ไม่เฉพาะแต่คำพิพากษาต่อๆ มาในสหรัฐอเมริกา หากแต่ยังถูกนำมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีของศาลในประเทศอื่นด้วย

³⁴ พงศธร สุทธากร, “การคุ้มครองพันธุ์สัตว์,” (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550), หน้า 30.

³⁵ U.S. Supreme Court, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 [Online], available URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303>, 2019 (March, 10).

³⁶ U.S. Code Title 35. PATENTS Part II. PATENTABILITY OF INVENTIONS AND GRANT OF PATENTS Chapter 10. PATENTABILITY OF INVENTIONS Section 101. Inventions patentable

“Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.”

³⁷ พงศธร สุทธากร, เรื่องเดิม, หน้า 30.

ในขณะที่กฎหมายสิทธิบัตรของเครือรัฐออสเตรเลีย ได้ยกเว้นสิ่งต่อไปนี้ให้ได้รับการคุ้มครองในฐานะสิทธิบัตรนวัตกรรม (เทียบเคียงได้กับอนุสิทธิบัตรของประเทศไทย) ได้แก่ กระบวนการทางจุลชีววิทยา (microbiological process) และผลิตภัณฑ์ที่ได้จากกระบวนการทางจุลชีววิทยา (product of such a process)³⁸

ส่วนในประเทศอินเดีย กฎหมาย The Patent Amendment Act 2002 ได้มีการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรจุลชีพเช่นเดียวกัน แต่ต้องเป็นจุลชีพซึ่งเกิดขึ้นจากกระบวนการตัดต่อพันธุวิศวกรรม (genetic engineering) หากเป็นการค้นพบจุลชีพที่อยู่ในธรรมชาติถึงแม้ว่าจะเป็นประโยชน์ต่อมวลมนุษยชาติก็ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตรแต่อย่างใด³⁹

3.2.2 ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้เขียนพบว่า กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรที่สำคัญและบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ รัฐบัญญัติสิทธิบัตรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฉบับลงวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ.2523 แก้ไขล่าสุดเมื่อวันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ.2560 (German Patent Act of December 16, 1980 (Patentgesetz), last amended on October 8, 2017)⁴⁰ และประกาศว่าด้วยเรื่องสิทธิบัตร ลงวันที่ 1 กันยายน พ.ศ.2546 (Patent Regulation of September 1, 2003 (Patentverordnung)) ซึ่งออกตามความในรัฐบัญญัติดังกล่าว⁴¹ ได้กำหนดสิ่งประดิษฐ์ที่สามารถรับความคุ้มครองในฐานะสิทธิบัตรได้นั้น อาจเป็นกรรมวิธีหรือผลิตภัณฑ์ ซึ่งสร้างขึ้นในสาขาวิทยาการหนึ่ง มีความใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ เช่นเดียวกับหลักการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายไทย แต่การคุ้มครองและรับรองสิทธิบัตรในจุลชีพและสารสกัดจากสัตว์ที่กฎหมายสิทธิบัตรของเยอรมันให้ความคุ้มครองนั่นเองที่มีความแตกต่างจากที่กฎหมายไทยกำหนด

³⁸Patent Act 1990, Section 18 (4).

³⁹Ramkumar Balachandra Nair & Pratap Chandran Ramachandranna, "Patenting of micro-organisms: Systems and concerns," *Journal of Commercial Biotechnology* Vol. 16, 4 (2010): 339-340.

⁴⁰World Intellectual Property Organization (WIPO), *Patentgesetz (zuletztgeändertdurch Gesetz vom* [Online], available URL: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/16033>, 2015 (March, 8).

⁴¹World Intellectual Property Organization (WIPO), *This consolidated version of the Patent Ordinance incorporates amendments up to Article 1 of the Ordinance of May 26, 2011, which came into force on May 31, 2011* [Online], available URL: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/10523>, 2019 (March, 8).

ในส่วนของวัสดุชีวภาพนั้น แม้จะเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ หากเกิดขึ้นจากการประดิษฐ์ การใช้กระบวนการ หรือการประมวลผล เพื่อก่อสารหรือแยกสารออกจากวัสดุชีวภาพก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย⁴² และกฎหมายสิทธิบัตรของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ไม่ได้ห้ามจดทะเบียนสิทธิบัตรการปรับเปลี่ยนพันธุกรรมในสัตว์ไว้ กฎหมายดังกล่าวห้ามแต่เพียงว่า หากเป็นการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมที่ทำให้สัตว์มีความทุกข์ทรมาน ไม่สามารถยื่นขอจดทะเบียนสิทธิบัตรได้⁴³ ส่วนสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แก่ การค้นพบทฤษฎี และวิธีการทางวิทยาศาสตร์ การออกแบบที่เกี่ยวกับความสวยงาม กฎเกณฑ์และกระบวนการดังกล่าว โปรแกรมประมวลผล (Data Processing Programs) การนำเสนอข้อมูล การประดิษฐ์ซึ่งขัดต่อนโยบายรัฐศาสนนโยบาย หรือศีลธรรมอันดี รวมทั้งพันธุ์พืชหรือพันธุ์สัตว์ตามธรรมชาติ แต่ไม่รวมถึงสารสกัดหรือกระบวนการตกแต่งพันธุกรรมในพืชและสัตว์ และการประดิษฐ์ที่ไม่สามารถออกสิทธิบัตรให้ได้เลย ได้แก่ วิธีการโคลนนิ่งมนุษย์ วิธีการสำหรับการปรับเปลี่ยนอัตลักษณ์ทางพันธุกรรมของมนุษย์ การใช้งานของตัวอ่อนของมนุษย์เพื่อการอุตสาหกรรมหรือการค้า วิธีการสำหรับการปรับเปลี่ยนอัตลักษณ์ทางพันธุกรรมของสัตว์ที่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อสัตว์ รวมถึงไม่รับรองสิทธิบัตรในมนุษย์หรือสัตว์ที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าวข้างต้น⁴⁴

⁴²Patent Act (Patentgesetz, PatG), Section 1

(2) Patents shall be granted for inventions within the meaning of subsection (1) even if they concern a product consisting of or containing biological material or a process by means of which biological material is produced, processed or used. Biological material which is isolated from its natural environment or produced by means of a technical process can also be the subject of an invention even if it previously occurred in nature.

⁴³Patent Act (Patentgesetz, PatG), Section 2

(2) Patents shall in particular not be granted for

4. processes for modifying the genetic identity of animals which are likely to cause them suffering without any substantial medical benefit to man or animal, and also animals resulting from such processes.

⁴⁴Patent Act (Patentgesetz, PatG), Section 2

(1) No patents shall be granted for inventions the commercial exploitation of which would be contrary to “ordre public” or morality; such exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation.

(2) Patents shall in particular not be granted for

1. processes for cloning human beings;

นอกเหนือจากสิ่งที่กล่าวไปแล้วนั้น สิ่งที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรตามกฎหมายได้อีก ได้แก่ พืชและพันธุ์สัตว์ หรือกระบวนการหลักการทางชีวภาพของพืชและสัตว์ แต่ไม่รวมถึงวิธีการเลี้ยงสัตว์หรือพืชดังกล่าววิธีการผ่าตัดรักษา หรือบำบัดโรคของมนุษย์หรือสัตว์ วิธีการวินิจฉัยรักษาโรคในร่างกายมนุษย์หรือสัตว์ แต่ไม่รวมถึงการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์หรือสารเฉพาะหรือองค์ประกอบเฉพาะเพื่อนำไปใช้ในการบำบัดรักษาในมนุษย์หรือสัตว์⁴⁵ อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้มีการรับจดสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่เกิดจากพืชหรือสัตว์ได้ หากองค์ประกอบสำคัญในการประดิษฐ์นั้นไม่ได้เป็นพืชหรือสัตว์ที่มีความหลากหลายโดยทั่วไปในธรรมชาติ และการรับจดทะเบียนนั้น ปราศจากข้อสงสัยในทางจุลชีววิทยา กล่าวคือ กระบวนการทางเทคนิคหรือผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากพืชหรือสัตว์นั้น ต้องไม่ได้มาจากพืชหรือสัตว์ที่มีความหลากหลายอยู่แล้วในธรรมชาติ⁴⁶ ซึ่งศาลสูงแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำพิพากษา เมื่อปี พ.ศ.2512 ในคดี Rote Taube (Red Dove) สรุปว่า “กรรมวิธีขยายพันธุ์สัตว์เป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้” แต่ศาลในคดีดังกล่าวได้ปฏิเสธที่จะให้สิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์นั้น เนื่องจากผู้ยื่นคำขอไม่

-
2. processes for modifying the germ line genetic identity of human beings;
 3. uses of human embryos for industrial or commercial purposes;
 4. processes for modifying the genetic identity of animals which are likely to cause them suffering without any substantial medical benefit to man or animal, and also animals resulting from such processes.

The relevant provisions of the Embryo Protection Act shall govern the application of nos 1 to 3.

⁴⁵Patent Act (Patentgesetz, PatG), Section 2a

(1) Patents shall not be granted for

1. plant and animal varieties and essentially biological processes for the production of plants and animals and the plants and animals produced exclusively by such processes;
2. methods for the treatment of the human or animal body by surgery or therapy and diagnostic methods practised on the human or animal body. This shall not apply to products, in particular to substances or compositions, for use in one of these methods.

⁴⁶Patent Act (Patentgesetz, PatG), Section 2a

(2) Patents can be granted for inventions which concern

1. plants or animals if the technical feasibility of the invention is not confined to a particular plant or animal variety;
2. a microbiological or other technical process, or a product obtained by means of such a process other than a plant or animal variety.

สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขประการหนึ่งของการขอรับสิทธิบัตร ซึ่งกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์อย่างชัดเจนจนถึงขนาดที่ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นสามารถนำไปใช้งานได้และคำพิพากษาในคดีนี้ก็ถือเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่ศาลได้ตัดสินโดยยอมรับว่าการประดิษฐ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต เป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตร

ตลอดจนบรรดาประเทศที่เป็นภาคีสันติสัญญากรุงบูดาเปสต์ว่าด้วยการจัดตั้งระบบ รับฝากจุลชีพระหว่างประเทศเพื่อกระบวนการในการขอรับสิทธิบัตร (Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purpose of Patent Procedure 1977) ก็ล้วนแต่มีกฎหมายสิทธิบัตรซึ่งให้การคุ้มครองสิทธิบัตรจุลชีพ ได้แก่ Australia Austria Belgium Bulgaria Denmark Finland France Germany Federal Republic of Hungary Italy Japan Korea Republic of Liechtenstein Netherlands Norway Philippines Soviet Union Spain Sweden Switzerland United Kingdom และ United States⁴⁷

แสดงให้เห็นว่า ในต่างประเทศจำนวนไม่น้อยได้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรเกี่ยวกับจุลชีพอย่างกว้างขวาง แต่ในขณะเดียวกันบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ของประเทศไทยกลับไม่มีกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์คิดค้นจุลชีพหรือสารสกัดที่ได้จากสัตว์อย่างมีประสิทธิภาพดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น อันส่งผลกระทบในหลายประการด้วยกัน ดังนี้

ประการแรก การที่กฎหมายไม่สามารถคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์คิดค้นจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์หรือพันธุ์ของสัตว์ แม้จะใช้เทคโนโลยีหรือนวัตกรรมขั้นสูง และสามารถต่อยอดพัฒนาในเชิงอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมได้ก็ตาม ส่งผลให้นักประดิษฐ์ นักวิจัย หรือนักวิชาการด้านสัตวศาสตร์ พันธุศาสตร์ ขาดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์งานประดิษฐ์ ด้วยแนวคิดของกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้น การออกแบบระบบสิทธิบัตรให้มีวัตถุประสงค์ในการให้รางวัลแก่บุคคลผู้ได้เสียสละเวลา ความคิดและกำลังกาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เงินทุนในการคิดค้นการประดิษฐ์ใหม่ๆ อันเป็นประโยชน์แก่มนุษยชาติ การกำหนดให้สิทธิแต่ผู้เดียวในการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์แก่ผู้ประดิษฐ์ย่อมก่อให้เกิดกำลังใจแก่ผู้ประดิษฐ์ที่ว่าบุคคลนั้นสามารถคืนทุนที่ลงไปในการทำวิจัยและพัฒนาเพื่อค้นคิดสิ่งใดขึ้นมา ทั้งนี้ ในปัจจุบันผลกำไรทางพาณิชย์อย่างมหาศาลจากการประดิษฐ์ ย่อมเป็นแรงจูงใจอันสำคัญให้เกิดการค้นคว้าประดิษฐ์สิ่งต่างๆ เนื่องจากการประดิษฐ์เป็นการก่อให้เกิดผลทางเศรษฐกิจอันมีที่มาจากการผลิตทางอุตสาหกรรมเป็นหลัก โดยการประดิษฐ์ส่วนมากจะต้องคำนึงถึงความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและมีความซับซ้อนทาง

⁴⁷U.S. Congress, Office of Technology Assessment, **New Developments in Biotechnology: Patenting Life—Special Report**, OTA-BA-370 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, April 1989), p. 159.

วิทยาการมากขึ้นเรื่อยๆ เพื่อให้เข้าใจเนื้อหาที่ว่าต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty) จึงจะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องใช้จำนวนผู้เชี่ยวชาญและเงินทุนอย่างมากสำหรับการคิดค้นในการวิจัย เช่น ในอุตสาหกรรมยาโรค ที่ต้องสิ้นเปลืองเวลาและเงินในการลงทุนเพื่อคิดค้นตัวยารักษาโรคเอดส์ และในอุตสาหกรรมการบิน อันต้องใช้เงินทุนมหาศาลในการคิดปรับปรุงเครื่องยนต์ไอพ่นแบบใหม่

ประการที่สอง การที่กฎหมายไม่สามารถคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์คิดค้นจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์หรือพันธุ์ของสัตว์ แม้เป็นนวัตกรรมขั้นสูง และสามารถประยุกต์ใช้ในเชิงอุตสาหกรรมได้ ส่งผลกระทบอย่างยิ่งต่อการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเกี่ยวกับสัตว์ในประเทศ การที่ผู้มีความรู้ทางวิทยาการได้รับการคุ้มครองสิทธิที่ควรได้จากการประดิษฐ์ตามระบบสิทธิบัตรย่อมเป็นแรงจูงใจให้บุคคลเหล่านั้นทำการวิจัย เพื่อพัฒนาการสิ่งใหม่ๆ เนื่องจากเมื่อมีกฎหมายให้ความคุ้มครองแล้ว ก็ไม่ต้องกลัวว่าเมื่อค้นคิดสิ่งใดขึ้นมาแล้วจะถูกบุคคลอื่นขโมยไปเอาผลงานไป ซึ่งผลที่สังคมจะได้รับก็คือการได้เห็นความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี อันจะเป็นประโยชน์ต่อการยกระดับมาตรฐานในความเป็นอยู่และการดำรงชีพ ตลอดจนปรับปรุงสวัสดิภาพของประชาชนในสังคมนั้นๆ ให้ดีขึ้น ดังนั้น การที่นักประดิษฐ์ นักวิชาการ นักวิจัย ไม่สามารถกล่าวอ้างสิทธิในงานประดิษฐ์ของตนที่เป็นจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์หรือพันธุ์ของสัตว์ได้นั้น ส่งผลให้นักประดิษฐ์ นักวิชาการ และนักวิจัยเหล่านั้นไม่พัฒนางานของตนให้ดียิ่งขึ้น อันส่งผลกระทบอย่างยิ่งต่อการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเกี่ยวกับสัตว์ในประเทศโดยรวม

ประการที่สาม นอกจากการที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มีบทบัญญัติที่จำกัดการขอรับสิทธิบัตรในจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์หรือพันธุ์สัตว์ ซึ่งส่งผลกระทบให้ผู้ประดิษฐ์ขาดแรงจูงใจในการค้นคิดและพัฒนาวิทยาการและเทคโนโลยีดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังพบว่าส่งผลกระทบต่อ การถ่ายทอดทางเทคโนโลยีและนวัตกรรมใหม่อีกด้วย ทั้งนี้ การถ่ายทอดทางเทคโนโลยีแก่สังคมที่ด้อยโอกาสกว่าด้วยกลไกทางเศรษฐกิจ โดยการลงทุนจากผู้ประกอบการของประเทศที่เป็นเจ้าของวิทยาการใหม่ๆ ไปสู่ประเทศที่ความก้าวหน้าน้อยกว่าในทางวิทยาการ ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นได้แก่ การที่ประเทศญี่ปุ่นได้ไปลงทุนเปิดโรงงานผลิตสินค้าหรือประกอบกิจการอันต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ ซึ่งสิ่งที่จะทำให้นักลงทุนมั่นใจว่าการประกอบกิจการที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีใหม่เช่นนั้น จะได้ผลตอบแทนที่คุ้มค่า เพราะเทคโนโลยีที่นำเข้ามาเพื่อใช้ในการผลิตดังกล่าวไม่ถูกลอกเลียนจากบุคคลอื่นอย่างไม่เป็นธรรม เนื่องจากสามารถนำเทคโนโลยีใหม่ อันเป็นการประดิษฐ์มาขอรับสิทธิบัตรภายใต้หลักเกณฑ์และวิธีการของกฎหมายในประเทศที่ประสงค์จะลงทุนประกอบกิจการนั้น แม้ว่า การที่ชาวต่างประเทศมาขอรับสิทธิบัตรจะเป็นการกีดกันไม่ให้ประชาชนในประเทศนั้นก่อตั้งอุตสาหกรรมหรือใช้เทคโนโลยีใหม่ในการผลิตสินค้าก็ตาม แต่มีทางแก้ด้วยการตกลงขออนุญาตใช้สิทธิ และเมื่อระยะเวลาแห่งการคุ้มครองสิทธิบัตรสิ้นสุดลง

ประชาชนในประเทศนั้นสามารถใช้เทคโนโลยีนั้นได้เสรี ตลอดจนสามารถทราบข้อมูลและรายละเอียดของเทคโนโลยีได้ทั้งหมดจากการตรวจสอบเอกสารที่ระบุรายละเอียดการประดิษฐ์ในการขอจดทะเบียนสิทธิบัตร ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 9 (1) กำหนดให้จุลชีพหรือสารสกัดที่ได้จากสัตว์หรือพันธุ์ของสัตว์ เป็นสิ่งที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ แม้ว่าจะเกิดจากการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่ โดยอาศัยความรู้ ทักษะ ความเชี่ยวชาญ หรือเทคโนโลยีขั้นสูงก็ตาม จึงก่อให้เกิดผลกระทบต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีและนวัตกรรมใหม่ในสังคมอย่างเห็นได้ชัด

ประการสุดท้าย เมื่อบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ไม่สามารถให้การคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์คิดค้นจุลชีพหรือสารสกัดที่ได้จากสัตว์หรือพันธุ์ของสัตว์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผลกระทบสำคัญคือความก้าวหน้าในการพัฒนาประเทศ ทั้งนี้ ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า การพัฒนาประเทศไทยในปัจจุบัน ต้องยึดแนวทางตามยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ.2561-2580) ซึ่งมุ่งมั่นที่จะพัฒนาประเทศไทยให้เติบโตและเข้มแข็ง มีความมั่นคง ประชาชนมีความสุข เศรษฐกิจพัฒนาอย่างต่อเนื่อง เพื่อสร้างสังคมที่เป็นธรรมบนฐานทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน โดยยกระดับศักยภาพของประเทศในหลากหลายมิติ พัฒนาค้นในทุกมิติ ทุกช่วงวัยให้เป็นคนดีคนเก่ง และมีคุณภาพ สร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม สร้างการเติบโตบนคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม และมีภาครัฐของประชาชนเพื่อประชาชนและประโยชน์ส่วนรวม โดยมียุทธศาสตร์ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขัน การพัฒนาเศรษฐกิจ และการกระจายรายได้ในประเทศ ดังนั้น สิ่งสำคัญต่อการพัฒนาประเทศในด้านการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันบนเวทีโลกนั้น ประการแรก ต้องมีกฎหมายภายในที่เคารพต่อสิทธิในการสร้างสรรค์ของผู้อื่นโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ผลที่ตามมาคือ เมื่อประเทศไทยมีระบบสิทธิบัตรที่มีประสิทธิภาพ ย่อมสามารถใช้การประดิษฐ์ของผู้ประดิษฐ์ในประเทศและต่างประเทศ เพื่อดึงดูดการลงทุนในประเทศ หรือเพื่อพัฒนาความเป็นอยู่ทั้งทางด้านสังคมและอนามัย ตลอดจนทำให้มาตรฐานการครองชีพของประชาชนดีขึ้น อันมีที่มาจากการทำงานในการลงทุนของอุตสาหกรรมประเภทใหม่ๆ อันเป็นการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่ตอบสนองต่อยุทธศาสตร์ชาติอีกด้วย

3.3 ปัญหาทางกฎหมายในการนำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรมาบังคับใช้กับการขออนุสิทธิบัตรของจุลชีพหรือสารสกัดที่ได้จากสัตว์

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ได้กำหนดการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่การประดิษฐ์คิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้การผลิตหรือการเก็บรักษาให้คงสภาพหรือให้มีคุณภาพดีขึ้นหรือการปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในการผลิตหรือการเก็บรักษา โดยกำหนดประเภทของการรับรองสิทธิบัตรไว้ 2 ประเภท คือ ประเภทสิทธิบัตร และอนุสิทธิบัตร

โดยการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้นั้น ต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ 1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ 2) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ 3) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม ส่วนการประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรได้ ต้องประกอบด้วย ลักษณะ 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ และประการที่สอง เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม

ดังจะเห็นได้ว่า สิทธิบัตร (Patent) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่ตั้งอยู่ในประเภทสิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial Property) กล่าวคือ ทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ทางด้านการอุตสาหกรรม ซึ่งได้แก่ สิทธิบัตร (Patents) อนุสิทธิบัตร (Petty Patents) และเครื่องหมายการค้า (Trade Marks) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาว่า จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช ตามความในมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ เนื่องจากสัตว์และพืช เกิดและเติบโตในธรรมชาติ และถูกมนุษย์นำมาเลี้ยงเป็นสัตว์เลี้ยงประเภทหนึ่ง และที่อยู่ตามธรรมชาติอีกประเภทหนึ่งนั้น มีองค์ประกอบทางชีววิทยา คือ เซลล์ ยีน ตัวอ่อน หรือจุลชีพ หรือสารที่อยู่ในตัวสัตว์โดยธรรมชาติ มนุษย์เป็นเพียงผู้ค้นพบสิ่งที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติ ไม่ได้มีการประดิษฐ์ คิดค้น หรือทำขึ้นใหม่ จึงไม่ครบองค์ประกอบประการที่สองของการขอรับสิทธิบัตร ซึ่งก็คือ เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น

ทั้งนี้ ในปี พ.ศ.2542 ได้มีการตราพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2542 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ รวมทั้งการกำหนดให้มีการออกอนุสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้เป็นครั้งแรกภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ซึ่งกำหนดให้การประดิษฐ์ที่มีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ และเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมนั้น ให้สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ตามที่ 65 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดโดยมาตรา 65 ตรี ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ได้กำหนดให้การขอรับทั้งอนุสิทธิบัตรและสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์พร้อมกันไม่ได้ กล่าวคือ ต้องเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างสิทธิบัตร หรืออนุสิทธิบัตรเพื่อรับการคุ้มครองตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม มาตรา 65 สัตต ได้กำหนดอายุการคุ้มครองอนุสิทธิบัตรให้มีอายุ 6 ปี นับแต่วันขอรับอนุสิทธิบัตรในราชอาณาจักร ซึ่งแตกต่างจากการคุ้มครองของสิทธิบัตรที่มีระยะเวลาการคุ้มครอง 20 ปี นับแต่วันขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร

นอกจากนี้ มาตรา 65 เบญจ และมาตรา 65 ทศ ยังกำหนดห้ามมิให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา รับผิดชอบในการประดิษฐ์และออกอนุสิทธิบัตร ในกรณีที่อนุสิทธิบัตรนั้นต้องด้วยกรณีตาม มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 กล่าวคือ จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช ตามมาตรา 9 (1) ก็ไม่สามารถนำไป

จดทะเบียนขอรับการคุ้มครองประเภทอนุสิทธิบัตรได้ แม้ว่าจุลชีพหรือสารสกัดที่ได้จากสัตว์หรือตัวสัตว์นั้น จะเป็นการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่ ซึ่งสิ่งที่มีในธรรมชาติโดยไม่ได้อาศัยการประดิษฐ์ขั้นสูงหรือเทคโนโลยีขั้นสูง และการประดิษฐ์นั้นสามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรมก็ตาม ก็ไม่อาจขอรับการคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอนุสิทธิบัตรได้เช่นเดียวกันอันแสดงให้เห็นว่า แม้อนุสิทธิบัตร ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับ พื้นฐานสำหรับการประดิษฐ์ที่ไม่ได้ใช้กรรมวิธีขั้นสูง ก็ไม่สามารถให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ประเภทจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ได้

ซึ่งนอกเหนือจากที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงความแตกต่างในประการข้างต้นไปแล้วนั้น ยังพบความแตกต่างจากกฎหมายสิทธิบัตรของเครือรัฐออสเตรเลียที่กำหนดไว้ด้วย กล่าวคือแม้กฎหมายสิทธิบัตรเครือรัฐออสเตรเลีย (Patent Act 1990) จะไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรสำหรับจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ หรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของสัตว์หรือพืชโดยตรง แต่ในเครือรัฐออสเตรเลียสามารถขอรับสิทธิบัตรนวัตกรรมตามกฎหมายได้เพียงแสดงให้เห็นว่าการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรนวัตกรรมเป็นการประดิษฐ์ใหม่ พัฒนาปรับปรุงให้ดีขึ้นและใช้ประโยชน์ได้ (Innovation) โดยไม่ต้องมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) ซึ่งสิทธิบัตรนวัตกรรมดังกล่าวเทียบเคียงได้กับอนุสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ของไทย โดยกฎหมายสิทธิบัตรของเครือรัฐออสเตรเลียมีบทบัญญัติระบุสิ่งที่ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรตามกฎหมายลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ของไทย อันเป็นการปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เช่น ความตกลงทริปส์ มีผลผูกพันทั้งประเทศไทยและออสเตรเลียด้วย อาทิ มนุษย์และพันธุกรรมมนุษย์ (human beings) กระบวนการทางชีวภาพสำหรับการสร้างมนุษย์ (biological processes for their generation of human being) สัตว์และพันธุ์สัตว์ (animals) และกระบวนการทางชีวภาพสำหรับการสร้างพืชและสัตว์ (biological processes for their generation of plants and animals)⁴⁸ ซึ่งนอกจากกฎหมายสิทธิบัตรของออสเตรเลียกำหนดสิ่งที่ไม่อาจให้ความคุ้มครองเพื่อรับสิทธิบัตรแล้วคำพิพากษาของศาล ในฐานะที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ก็ปรากฏแนวคำวินิจฉัยถึงสิ่งที่ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตรหรือสิทธิบัตรนวัตกรรม เช่น การค้นพบในธรรมชาติ (Discoveries) หลักวิทยาศาสตร์ (Scientific) แผน (Plans) ข้อมูลแบบพิมพ์ (Printed Information) แบบจำลองทางคณิตศาสตร์ (Mathematical Models) หลักการหรือทฤษฎี (Principles) คำแนะนำ (Instructions) ศิลปกรรม (Fine arts) แบบแผนหรือกระบวนการทางจิต (Schemes or Other Purely Mental Process) แบบแผนหรือการจัดการระบบองค์ความรู้

⁴⁸ กีก้อง สมเกียรติเจริญ, “กฎหมายสิทธิบัตรออสเตรเลีย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย,” วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม 3, 3 (2554): 129.

(Mere Schemes or Systems for Arrangement of Known things)⁴⁹ อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิทธิบัตรของเครือรัฐออสเตรเลียได้ยกเว้นสิ่งต่อไปนี้ ให้ได้รับการคุ้มครองในฐานะสิทธิบัตรนวัตกรรม ได้แก่ กระบวนการทางจุลชีววิทยา (microbiological process) และผลิตภัณฑ์ที่ได้จากกระบวนการทางจุลชีววิทยา (product of such a process)⁵⁰ ซึ่งกระบวนการทางจุลชีววิทยานั้น ต้องมีลักษณะเป็นการสร้างสิ่งมีชีวิตแต่ละชนิดให้เกิดความแตกต่างกันในระดับรหัสทางพันธุกรรม ทำให้สิ่งมีชีวิตชนิดเดียวกันมีถิ่นแตกต่างกันเกิดการสร้างโปรตีนและ มีกระบวนการทางชีวเคมีซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวของผู้วิจัย ทำให้เกิดสิ่งมีชีวิตที่มีความหลากหลายทางพันธุกรรม และสามารถตรวจสอบได้จากผลิตภัณฑ์หรือลักษณะต่างๆ ที่เป็นการแสดงออกของยีนสิ่งมีชีวิตที่ทำการศึกษาหรือวิจัย โดยเปรียบเทียบระหว่างยีนปกติกับยีนที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม หรือยีนกลาย (Mutated Gene) ซึ่งทั้งหมดล้วนเกิดจากกระบวนการสกัด แยก ส่งถ่ายกลับไปยังเซลล์ปกติ การดัดแปลงหรือปรับปรุงชิ้นส่วนแล้วนำกลับเข้าสู่สิ่งมีชีวิต ซึ่งถือเป็นกระบวนการทางจุลชีววิทยา⁵¹ จนกล่าวโดยสรุปได้ว่า แม้กฎหมายสิทธิบัตรของเครือรัฐออสเตรเลีย ได้บัญญัติห้ามมิให้ มีการรับจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองสิทธิบัตรเกี่ยวกับจุลชีพ หรือสารสกัดของพืช หรือสัตว์ตามธรรมชาติ แต่ก็กำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรนวัตกรรมในกระบวนการเพื่อปรับปรุง คัดแยก พัฒนาจุลชีพ หรือสารสกัดจากสัตว์ รวมถึงคุ้มครองสิทธิบัตรนวัตกรรมแก่ผลิตภัณฑ์ที่ได้จากการปรับปรุง คัดแยก พัฒนา ส่งถ่ายทั้งหมด หรือเฉพาะชิ้นส่วนของพืชและสัตว์ได้และในประเด็นนี้ทำให้ผู้เขียนเห็นถึงความแตกต่างในการไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรของประเทศไทยทั้งระดับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ในมาตรา 65 เบื้องที่ไม่รับรองคุ้มครองอนุสิทธิบัตรในการประดิษฐ์จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืชนั้น ไม่สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เครือรัฐออสเตรเลีย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ยอมรับการคุ้มครองการประดิษฐ์คิดค้นจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ในระดับพื้นฐาน ซึ่งก็คือ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอนุสิทธิบัตร ส่งผลให้การประดิษฐ์ คิดค้น วิจัย กรรมวิธีหรือนวัตกรรมจากสัตว์ ซึ่งก่อให้เกิดจุลชีพหรือสารสกัดใหม่ที่ไม่เคยเผยแพร่ต่อสาธารณชนมาก่อนและสามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้ในทางอุตสาหกรรมในประเทศไทยนั้น ไม่สามารถขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทสิทธิบัตร หรือ

⁴⁹ กีก้อง สมเกียรติเจริญ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

⁵⁰ Patent Act 1990, op. cit.

⁵¹ Australian Government, IP Australia, **Public Consultation: Introducing an objects clause into the Patents Act 1990** [Online], available URL: https://www.ipaustralia.gov.au/sites/g/files/net856/f/public_consultation_introducing_an_objects_clause_into_the_patents_act.pdf, 2019 (March, 10).

อนุสิทธิบัตรได้เลย อันก่อให้เกิดปัญหาในการคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ประเภทจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ในประเทศไทยอย่างเห็นได้ชัด

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในต่างประเทศมีมาตรการทางกฎหมายในการรับรองคุ้มครองสิทธิบัตรในจุลชีพหรือสารสกัดที่เกิดจากสัตว์ที่มีประสิทธิภาพ ดังที่ได้นำเสนอไปแล้ว ผู้เขียนจึงได้นำแนวทางดังกล่าวมาเสนอแนะเพื่อแก้ไขปรับปรุงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรในจุลชีพหรือสารสกัดที่ได้จากสัตว์ของประเทศไทยให้มีความสอดคล้องและเหมาะสมยิ่งขึ้น แต่ด้วยเหตุที่จุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์มีอยู่แล้วในธรรมชาติ การที่จะตรากฎหมายกำหนดให้บุคคลสามารถนำจุลชีพหรือสารสกัดดังกล่าวไปจดทะเบียนสิทธิบัตรนั้นได้ ก็จะมีผลให้ขาดองค์ประกอบหรือสาระสำคัญของกฎหมายสิทธิบัตรไป เพราะผู้ที่ขอจดทะเบียนจะอยู่ในฐานะผู้ค้นพบสิ่งซึ่งมีอยู่แล้วในธรรมชาติเท่านั้น หากปล่อยให้มีการนำไปจดทะเบียนคุ้มครองสิทธิบัตรก็จะเป็นการตัดโอกาสในการเข้าถึงจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ซึ่งมีอยู่แล้วในธรรมชาติของบุคคลอื่นในภายหลัง การจดทะเบียน ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรงในการใช้และเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น มาตรการสำคัญที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรม และสามารถคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้ประดิษฐ์คิดค้น ตลอดจนคุ้มครองการนำจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ จึงต้องกำหนดมาตรการในการคุ้มครองจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ โดยนากกฎหมายต่างประเทศและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาเป็นเครื่องมือในการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิบัตรในจุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ ดังนี้

ประการแรก จุลชีพหรือสารสกัดที่จะได้รับการคุ้มครองนั้น ต้องเป็นจุลชีพหรือสารสกัดที่ประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่ โดยอาศัยจุลชีพหรือสารสกัดที่มีอยู่แล้วในตัวสัตว์ มาปรับปรุง เปลี่ยนแปลง พัฒนา ตัดต่อ นำออกซึ่งเซลล์ หรือนำเข้าซึ่งเซลล์ เพื่อทำให้เกิดจุลชีพหรือสารสกัดใหม่

ประการที่สอง จุลชีพหรือสารสกัดที่จะได้รับการคุ้มครองนั้น ต้องเป็นจุลชีพหรือสารสกัดที่ประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่ตามประการแรก และการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่นั้น ต้องอาศัยความรู้ วิทยาการจากผู้เชี่ยวชาญ ด้านเทคโนโลยี หรือเครื่องมือที่ไม่สามารถพบได้ทั่วไป หรือใช้งบประมาณจำนวนมาก หรือค้นพบจากการทดลองวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งต้องใช้เงินลงทุนในการวิจัยสูง

ประการที่สาม จุลชีพหรือสารสกัดที่ได้รับการคุ้มครองนั้น ต้องเป็นจุลชีพที่ประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่ด้วยการประดิษฐ์ขั้นสูง และจุลชีพหรือสารสกัดที่ได้ใหม่นี้ สามารถนำไปใช้ทางอุตสาหกรรม หรือก่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ การค้า การลงทุน การพัฒนาทางด้านวิทยาศาสตร์ การแพทย์ สาธารณสุข ด้านสัตวศาสตร์ การควบคุมโรค

ทั้งนี้ การให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิบัตรการประดิษฐ์แก่จุลชีพหรือสารสกัดจากสัตว์ ตามที่กล่าวข้างต้น ต้องไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และการประดิษฐ์ จุลชีพหรือสารสกัดที่ได้จากสัตว์นั้น จะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับตัวอ่อนหรือการทดลอง หรือใช้ส่วนหนึ่ง ส่วนใดของมนุษย์ในการได้มาซึ่งจุลชีพหรือสารสกัด รวมถึงต้องไม่ใช้วิธีการที่ก่อให้เกิดความทุกข์ ทรมาณต่อสัตว์ด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะและแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ดังต่อไปนี้

ประการแรก ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการเพิ่มบทนิยามคำว่า “จุลชีพ” และ “สารสกัด” ใน มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522

“จุลชีพ” หมายถึง สิ่งมีชีวิตที่มีขนาดเล็กซึ่งไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า ได้แก่ แบคทีเรีย อาร์เคีย รา ยีสต์ ไวรัส เป็นต้น ซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยธรรมชาติหรือโดยสังเคราะห์จาก กระบวนการทางวิทยาศาสตร์

“สารสกัด” หมายถึง สารเคมี หรือเคมีภัณฑ์ ที่ได้มาจากการสกัดด้วยกระบวนการทาง วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีจากพืชหรือสัตว์ตามธรรมชาติ

ทั้งนี้ สารสกัดที่จะสามารถขอสิทธิบัตรได้จะต้องเกิดจากกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ (scientific process) ในระดับที่มีการพัฒนาทางเทคนิคในระดับที่มีวิทยาการที่สูงขึ้นมิใช่เพียงระดับ สามัญซึ่งเป็นการสอดคล้องกับหลักสากลในการให้สิทธิบัตรซึ่งต้องมีระดับวิทยาการที่สูงขึ้น

ประการที่สอง ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการยกเลิก มาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 จากความที่ว่า

“...มาตรา 9 การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

(1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติสัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช...”

และให้ใช้ข้อความใหม่ ต่อไปนี้แทน

“...มาตรา 9 การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

(1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติสัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช เว้นแต่เป็นการประดิษฐ์ที่อาศัยความรู้และเทคโนโลยีขั้นสูงตามที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

ประการที่สาม ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการเพิ่มบทบัญญัติ มาตรา 65 เอกาทศ ในพระราชบัญญัติ สิทธิบัตร พ.ศ.2522 ด้วยข้อความต่อไปนี้

“...มาตรา 65 เอกาทศ มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 9 (1) มาใช้บังคับในหมวด 3 ทวิ ว่าด้วย อนุสิทธิบัตร...”

อนึ่ง หากได้ดำเนินการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวในอนาคต รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 สามารถออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อกำหนด การประดิษฐ์คิดค้นจุลชีพและส่วนประกอบของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติของสัตว์ หรือพืช หรือสารสกัด จากสัตว์หรือพืชที่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรในลักษณะยืดหยุ่นได้ กล่าวคือ เป็นการป้องกันการ แสวงหาประโยชน์จากกลุ่มทุนจากการประดิษฐ์ที่เป็นประโยชน์ต่อมนุษย์และสังคมประการหนึ่ง และเป็นการให้อำนาจรัฐมนตรี ออกประกาศกำหนดประเภทของจุลชีพหรือสารสกัดที่ได้จากสัตว์ หรือพันธุ์สัตว์ที่สอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคมได้อย่างเหมาะสม และมีประสิทธิภาพอีก ประการหนึ่ง ซึ่งท้ายที่สุดแล้วก็จะสามารถเพิ่มศักยภาพของผู้ประกอบการ พัฒนาคนรุ่นใหม่ รวมถึง ปรับรูปแบบธุรกิจ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตลาดของภาคเกษตร และอุตสาหกรรม ชีวภาพ ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยสามารถสร้างฐานรายได้และการจ้างงานใหม่ ขยายโอกาสทาง การค้าและการลงทุนในเวทีโลก ควบคู่ไปกับการยกระดับรายได้และการกินดีอยู่ดี รวมถึงการเพิ่มขึ้น ของคนชั้นกลาง และลดความเหลื่อมล้ำของคนในประเทศได้ในคราวเดียวกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

บรรณานุกรม

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. **แผนที่นำทาง (Roadmap) ด้านทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศ ระยะ 20 ปีสู่ประเทศไทย 4.0**. กรุงเทพมหานคร: กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 2560.

_____. **นโยบายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยและความพร้อมในการรองรับอุตสาหกรรมยานยนต์ในยุค AEC**. กรุงเทพมหานคร: กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 2558.

กระทรวงพาณิชย์. **แผนยุทธศาสตร์กระทรวงพาณิชย์ พ.ศ.2559-2564**. กรุงเทพมหานคร: กองยุทธศาสตร์และแผนงาน สำนักงานปลัดกระทรวงพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, 2559.

กีก้อง สมเกียรติเจริญ. “กฎหมายสิทธิบัตรออสเตอร์เลีย : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย.” **วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม** 3, 3 (2554): 129.

จันทิมา แสงจันทร์. “การบังคับใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ: ศึกษากรณี Patent Troll.” **วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยนเรศวร** (พฤศจิกายน 2556): 60.

เทคโนโลยีชีวภาพ แหล่งรวมความรู้ทางเทคโนโลยีชีวภาพ [Online]. Available URL: <https://www.thaibiotech.info/what-is-microorganism.php>, 2561 (กุมภาพันธ์, 5).

ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย. **สิทธิบัตร ประโยชน์ที่ SMEs ไม่ควรมองข้าม** [Online]. Available URL: <http://www.exim.go.th/doc/newsCenter/45367.pdf>, 2558 (มีนาคม, 7).

“ประกาศ เรื่อง แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564) ลงวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2559.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่มที่ 113 ตอนที่ 155 ก (30 ธันวาคม 2559).

พงศธร สุทธากร. “การคุ้มครองพันธุ์สัตว์.” **สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยกรุงเทพ**, 2550.

มติที่ประชุมคณะกรรมการนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาแห่งชาติ ครั้งที่ 1/2559 เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2559.

ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ.2561-2580). “แนบท้ายประกาศ เรื่อง ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ.2561-2580) ลงวันที่ 8 ตุลาคม 2561.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่มที่ 135 ตอนที่ 82 ก (13 ตุลาคม 2561): 21-22.

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. **แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2560-2564)**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานนายกรัฐมนตรี, 2559.

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. **สรุปสาระสำคัญ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2560-2564)**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนัก-นายกรัฐมนตรี, 2559.

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/4562 ลงวันที่ 31 มกราคม 2562 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่...) พ.ศ. จากเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ถึง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557.

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2535.

พระราชบัญญัติสัตว์เพื่อนงานทดลองทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558.

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522.

“พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 96 ตอนที่ 35 ฉบับพิเศษ (16 มีนาคม 2522): 1.

35 U.S.C. 101 Inventions patentable [Online]. Available URL: https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf, 2019 (July, 14).

Australian Government, IP Australia. **Public Consultation: Introducing an objects clause into the Patents Act 1990** [Online]. Available URL: https://www.ipaustralia.gov.au/sites/g/files/net856/f/public_consultation_introducing_an_objects_clause_into_the_patents_act.pdf, 2019 (March, 10).

German Patent Act (Patentgesetz).

Merck & Co. v. Olin Mathieson Chemical Corp., 152 F.Supp. 690, Western District of Virginia (1957) [Online]. Available URL: <https://www.ravellaw.com/opinions/5d78e22d0f8ba3df69bb6906726bf529>, 2018 (February, 5).

Patent Act 1990.

Ramkumar Balachandra Nair & Pratap Chandran Ramachandranna. “Patenting of microorganisms: Systems and concerns.” **Journal of Commercial Biotechnology**. Vol. 16, 4, (2010): 339-340.

U.S. Congress, Office of Technology Assessment. **New Developments in Biotechnology: Patenting Life—Special Report**, OTA-BA-370 .Washington, DC: U.S. Government Printing, 1989.

U.S. Patent Law.

U.S. Supreme Court. **Diamond v. Chakrabarty**, 447 U.S. 303 [Online]. Available URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/>, 2019 (March, 10).

Ute Reusch in cooperation with the Language Service of the German Patent and Trade Mark Office. Patent Act [Patentgesetz] [Online]. Available URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_patg/englisch_patg.pdf, 2017 (July, 14).

World Intellectual Property Organization (WIPO). **Patentgesetz (zuletztgeändert durchGesetzvom** [Online]. Available URL: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/16033>, 2015 (March, 8).

_____. **This consolidated version of the Patent Ordinance incorporates amendments up to Article 1 of the Ordinance of May 26, 2011, which came into force on May 31, 2011** [Online]. Available URL: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/10523>, 2019 (March, 8).

_____. **What is Intellectual Property?**. Geneva, Switzerland: WIPO Publication No. 450(E), 2004.

การคุ้มครองความลับทางการค้าในการดำเนินคดีอาญา

รังสิมา ลัธธนันท์

การคุ้มครองความลับทางการค้าในการดำเนินคดีอาญา^{*}

Protection of Trade Secrets in Criminal Proceedings

รังสิมา ลัธนันท์^{**}
Rungsima Lattanand

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งนำเสนอกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าโดยเฉพาะ ประเด็น องค์ความรู้ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีความลับทางการค้า จากการศึกษาพบว่า แนวคิดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ามีมาตั้งแต่ในอดีต มีผู้คิดค้นข้อมูลซึ่งเป็นความลับเพื่อใช้ในกระบวนการผลิตสินค้า ผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะถูกเก็บไว้เป็นความลับเฉพาะบุคคล และสูญสิ้นไปกับบุคคลนั้นเมื่อเขาถึงแก่ความตาย จึงได้มีแนวความคิดในการคุ้มครองความลับทางการค้าเพื่อให้ความลับนั้นคงสภาพการเป็นความลับทางการค้าและตกทอดไปยังคนรุ่นต่อไป มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้การคุ้มครองความลับทางการค้า จนกระทั่งได้รับการรับรองและมีการคุ้มครองตามข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า

^{*}บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง การคุ้มครองความลับทางการค้าในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งอยู่ในระหว่างการศึกษา โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณ และ ดร.จุมพล ภิณโณสินวัฒน์ และ ดร.กนก จุลมนต์.

This article is a part of dissertation, "Protection of trade secrets in criminal proceedings," This dissertation is in the process of studying. Associate Professor Dr. Praphasri Buasawan Dr. Jumpol Pinyosinwat and Dr. Kanok Jullamon is an advisor.

^{**}ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะชั้นต้นในศาลจังหวัดเชียงใหม่; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต โครงการปรัชญาดุษฎีบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: tan.oui46@gmail.com.

Vice Presiding Judge of the Chiang Mai Provincial Court, LL.B. Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. Ramkhamhaeng University, Ph.D. Candidate at Doctor of Philosophy Program in Social Sciences at Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 14 มีนาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 10 พฤษภาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 16 พฤษภาคม 2562.

(Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ ซึ่งกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องมีกฎหมายภายในให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ประเทศไทยในฐานะประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกจึงได้ตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ามาจนถึงปัจจุบัน นอกจากนี้ ในการดำเนินคดีความลับทางการค้า กระบวนการในทางกฎหมายของประเทศไทยอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 และข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2540 ซึ่งวิธีพิจารณาคดีต่างๆ ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่จากการศึกษาพบว่า ในการดำเนินคดีอาญาความลับทางการค้าประสบปัญหาอันเนื่องมาจากกฎหมายยังไม่มีวิธีการในการเก็บรักษาความลับทางการค้าในแต่ละขั้นตอนของการดำเนินคดี ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้การดำเนินคดีอาญาความลับทางการค้ามีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการเก็บรักษาข้อมูลความลับทางการค้าตามเจตนารมณ์ของการรักษาข้อมูลความลับทางการค้าอย่างแท้จริง ทั้งนี้ได้เสนอสาระสำคัญของการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายมาพร้อมนี้

Abstract

This paper reveals information about the laws relating to the prosecution of crimes involving trade secrets. It examines in particular the issues regarding the knowledge, concepts, and theories related to the prosecution of crimes involving trade secrets. Findings in the study indicate that the concept of the protection of trade secrets has existed in the past. People create confidential information for use in the production process for various products, most of which are kept as personal secrets. These have often been lost with the person who created them upon the death of that person. Laws to protect trade secrets have been enacted, and trade secrets are now protected by the Agreement on Trade-Related to Intellectual Property Rights, also called the TRIPS Agreement.

Thailand, as a member country, has enacted the Trade Secrets Act B.E. 2545 to protect trade secrets. This law is still in effect. In addition, in the prosecution of trade secret cases, the legal process of Thailand is conducted under The Act on the Establishment of and Procedure for Intellectual Property and International Trade Court B.E. 2539 (1996), and The Provision of Intellectual Property and International Trade case B.E. 2540 (1997), which require the proceedings to be in accordance with the Civil Procedure Code and the Criminal Procedure Code. The results of this study show that criminal proceedings involving trade secrets encounter problems because the Trade Secrets law contains no specific procedures for keeping trade secrets at each stage of the proceedings. The author therefore believes that the law should be amended to ensure that criminal proceedings involving trade secrets are carried out in such a way as to protect the trade secrets at every stage of the proceedings. The suggested amendments would be in accordance with the judicial intention of maintaining trade secret information. In this regard, the essence of the amendment of such law will then be provided in this paper.

คำสำคัญ: การคุ้มครอง, ความลับทางการค้า, การดำเนินคดีอาญา

Keywords: protection, trade secret, criminal proceedings

1. บทนำ

ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญในการประกอบธุรกิจ มีการนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ สร้างความแตกต่างของตัวสินค้าและบริการ อันก่อให้เกิดความได้เปรียบในการแข่งขันทางการค้า แต่เนื่องจากความลับต่างๆ จะถูกเก็บรักษาไว้อยู่กับผู้คิดค้นหรือตกทอดไปเฉพาะบุคคลในครอบครัว จึงก่อให้เกิดแนวคิดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า รวมทั้งมีกฎหมายรับรองและให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าบังคับใช้ในเวลาต่อมา แนวคิดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าได้รับการยอมรับครั้งแรกในรูปแบบเกี่ยวกับหลักการของการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรมจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) และต่อมาจึงได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ สำหรับประเทศไทยมีการตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 เพื่อให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ

เนื่องจากในปัจจุบันการละเมิดความลับทางการค้ามีเป็นจำนวนมาก ซึ่งการดำเนินคดีอาญาความลับทางการค้าตามกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่สามารถให้การคุ้มครองความลับทางการค้าได้อย่างเหมาะสม บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและนำเสนอความจำเป็นในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับในการดำเนินคดีความลับทางการค้า เพื่อให้มีการคุ้มครองความลับทางการค้าในระหว่างการดำเนินคดีอย่างเหมาะสมต่อไป

2. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

เดิมเมื่อบุคคลประดิษฐ์หรือคิดค้นสิ่งใดขึ้นมาได้ใหม่ วิธีการหรือข้อมูลในการประดิษฐ์หรือที่คิดค้นได้นั้นจะถูกเก็บไว้เป็นความลับหรือถ่ายทอดให้กับเฉพาะบุคคลในครอบครัว ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในความได้เปรียบทางการค้า ต่อมาจึงเกิดแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองข้อมูลซึ่งเป็นความลับดังกล่าว และเริ่มต้นเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ โดยการนำหลักกฎหมายว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจ (The Law of Breach of Confidence) ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดความลับทางการค้า โดยถือว่าการละเมิดความลับทางการค้าเป็นส่วนหนึ่งของการละเมิดความไว้วางใจที่บุคคลหนึ่งมีต่ออีกบุคคลหนึ่งในการส่งมอบข้อมูลอย่างหนึ่งที่สำคัญให้พร้อมกับหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับข้อมูลนั้น คดีที่เป็นบรรทัดฐานของการละเมิดความไว้วางใจได้แก่ คดี *Coco v. Clark* ((1969) R.P.C. 41) ซึ่งผู้พิพากษา Megarry J. ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า

การละเมิดความไว้วางใจต้องมียุทธศาสตร์ประกอบคือ ข้อมูลดังกล่าวต้องมีคุณสมบัติถึงขนาดเพียงพอที่จะเป็นความลับ ต้องมีการบอกให้บุคคลอื่นทราบโดยให้บุคคลนั้นมีหน้าที่ที่ต้องเก็บรักษาไว้เป็นความลับ และต้องมีการใช้ข้อมูลดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูล¹

หน้าที่ในการรักษาข้อมูลอันเป็นความลับนอกจากจะเป็นไปตามหลักการละเมิดความไว้วางใจแล้ว ในบางครั้งอาจเกิดจากความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจระหว่างบุคคล หรืออาจเกิดจากข้อตกลงในสัญญา โดยถือว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเพื่อผลประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับคนไข้ หรือความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง² ข้อตกลงตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ หากมีการละเมิดต่อหน้าที่หรือข้อตกลงในสัญญาแล้ว ย่อมเป็นการละเมิดหลักความสัมพันธ์ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจและหลักว่าด้วยสัญญาด้วย เช่น ลูกจ้างที่เอาไปซึ่งความลับทางการค้าของนายจ้าง ย่อมเป็นการกระทำละเมิดในหน้าที่ที่ต้องรักษาความลับ หน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ และละเมิดข้อตกลงในสัญญา

นอกจากนี้ เนื่องจากความลับทางการค้าเป็นทั้งทรัพย์สินและเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ประเภทหนึ่ง จึงก่อให้เกิดแนวคิดตามหลักสิทธิในทรัพย์สินและหลักการเป็นทรัพย์สินทางปัญญาว่า การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนย่อมมีสิทธิใช้ข้อมูลความลับซึ่งตนเองคิดค้นขึ้นและปกปิดไว้เป็นความลับ³ มีสิทธิหวงกัน หรือกระทำการใดๆ เพื่อไม่ให้บุคคลอื่นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของตน รวมทั้งสามารถอ้างสิทธิและใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้โดยไม่จำกัด

สำหรับศาลในระบบคอมมอนลอว์ เมื่อผู้ควบคุมความลับทางการค้านำคดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าเข้าสู่การพิจารณาของศาล ศาลจะนำหลักความยุติธรรมไปปรับใช้โดยถือว่าบุคคลมีหน้าที่ในการประพฤติปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และหน้าที่ดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับข้อมูลความลับมาโดยความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจหรือการบอกกล่าวอย่างลับๆ⁴ ศาลในระบบคอมมอน ลอว์นำหลักความยุติธรรมเข้าไปเสริมกับหลักว่าด้วยสัญญา ด้วยการนำไปปรับใช้กับ

¹ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม-ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 446-447.

²Lionel Bently and Brad Sherman, **Intellectual Property Law** (Oxford, New York: Oxford University Press, 2001), p. 1014.

³John Hull, **Commercial Secrecy Law and Practice** (London: Sweet and Maxwell, 1998), pp. 2-3.

⁴Robert Dean, **The law of trade secrets** (The Law Book Company, 1990), p. 43.

บุคคลภายนอกที่ไม่มีนิติสัมพันธ์หรือความผูกพันตามสัญญาในการรักษาความลับกับเจ้าของความลับทางการค้า และได้รับความลับทางการค้ามาโดยรู้ว่าเป็นละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือในขณะที่ได้มานั้นไม่รู้ แต่ได้รับการเตือนในภายหลัง

จากแนวคิดหลักการต่างๆ ดังกล่าวมาข้างต้น เป็นเหตุให้มีการตรากฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า และได้รับการรับรองความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ในเวลาต่อมา

3. กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางอาญา

จากความสำคัญของความลับทางการค้าที่มีพัฒนาการทั้งความเป็นมาและแนวความคิด ตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ข้างต้น จึงเป็นส่วนหนึ่งที่น่าไปสู่ข้อกำหนดของความตกลงทริปส์ในการคุ้มครองความลับทางการค้า และประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องมีกฎหมายภายใน ในการคุ้มครองความลับทางการค้าที่เป็นกฎหมายเฉพาะด้วย การคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศไทยก่อนเป็นภาคีความตกลงทริปส์มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองความลับอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 และมาตรา 324 แต่บทบัญญัติทั้ง 2 มาตรา กำหนดเป็นความผิดฐานเปิดเผยความลับและเน้นไปที่เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นลักษณะควบคุมผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้นเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับบุคคลอื่นที่ล่วงรู้ความลับในทางการค้า ซึ่งหากบุคคลดังกล่าวล่วงรู้ความลับทางการค้าแล้วนำไปเปิดเผยก็ไม่มีผิดตามกฎหมายดังกล่าว หลังจากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงทริปส์ภายใต้พันธกรณี จึงได้ตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 โดยมีเหตุผลเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลความลับทางการค้าของบุคคล ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนได้นำเสนอกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการดำเนินคดีความลับทางการค้าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังต่อไปนี้

3.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยความลับไว้ 2 มาตรา คือ มาตรา 323 และ 324 โดยมาตรา 323 เป็นการเปิดเผยความลับของผู้อื่นที่ได้ล่วงรู้หรือได้มาเพราะเป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวชหมอลูกความ ทนายความ ผู้สอบบัญชี หรือบุคคลผู้เป็นผู้ช่วยในการ

ประกอบอาชีพหรือผู้รับการศึกษอาบรมในอาชีพดังกล่าว ซึ่งน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ส่วนมาตรา 324 เป็นการเปิดเผยหรือใช้ความลับของผู้อื่นที่ได้ล่วงรู้หรือได้มาอันเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบ หรือนิพนธ์ในวิทยาศาสตร์ เพราะมีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพหรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจเพื่อ ประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น

3.2 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545

3.2.1 ความหมายของความลับทางการค้า

ความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 3 ต้องเป็นข้อมูลการค้าอันได้แก่ สิ่งที่มีสื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่า การสื่อความหมายนั้นจะผ่านด้วยวิธีการใดๆ ไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปใดๆ และรวมถึงสูตร รูปแบบ งาน ที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย เช่น สูตรทางเคมี สูตรการทำอาหาร รายชื่อลูกค้า บัญชีเงินเดือน ข้อมูลทางด้านการตลาด หรือข้อมูลทางด้านการ ประชาสัมพันธ์ซึ่งไม่ใช่ข้อมูลของทางราชการ หรือข้อมูลส่วนบุคคลอื่นๆ และข้อมูลการค้านั้นต้องไม่ เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว กล่าวคือ ต้องเป็นข้อมูลที่บุคคลโดยทั่วๆ ไปไม่สามารถทราบได้ และบุคคลที่ทราบข้อมูลดังกล่าวอาจ เป็นเพียงบุคคลกลุ่มเล็กๆ เช่น สูตรในการทำขนมปัง ซึ่งเป็นสูตรเฉพาะของครอบครัว บุคคลใน ครอบครัวนั้นเท่านั้นที่รับรู้ถึงสูตรการทำขนมปังชนิดนี้ นอกจากนี้ ยังต้องเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ใน เชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า ในเชิงพาณิชย์หรือใน เชิงเศรษฐกิจได้ ส่งผลให้เกิดความได้เปรียบคู่แข่งทางการค้า ส่วนแบ่งทางการตลาด หรือผลกำไรที่ จะได้รับ โดยมีการใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ เช่น มีการจัดเก็บข้อมูลไว้ใน ตู้เซฟ มีการจำกัดตัวบุคคลที่สามารถเข้าถึงข้อมูลการค้าได้มีการทำสัญญากับพนักงานหรือลูกจ้างใน การห้ามไม่ให้นำข้อมูลการค้าไปเปิดเผย เป็นต้น

3.2.2 การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าอันเป็นความผิดทางอาญา บัญญัติอยู่ใน หมวด 6 มาตรา 33 ถึงมาตรา 36 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติความลับทางการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 มาตรา 9 และมาตรา 10 ได้แก่ ความผิดฐานเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นตาม มาตรา 33 ความผิดฐานเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่นที่ตนมีหน้าที่ดูแลรักษาตามมาตรา 34 และความผิดฐานเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการของผู้ควบคุมความลับทางการค้าตามมาตรา 35 ซึ่งเป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับกิจการของผู้ควบคุมความลับทางการค้าอันเป็นข้อเท็จจริงที่ ตามปกติวิสัยจะพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานะทางการเงิน หรือการขยาย กิจการและได้มาหรือล่วงรู้เนื่องมาจากการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545

หรือผู้ที่ได้มาหรือล่วงรู้ข้อเท็จจริงจากผู้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 เนื่องในการปฏิบัติราชการ การสอบสวน หรือการพิจารณาคดีและจะต้องไม่ใช่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติราชการ หรือเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี

4. การดำเนินคดีความลับทางการค้าในทางอาญา

เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 กำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไปใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำความผิดสิทธิในความลับทางการค้า จึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

4.1 ชั้นสอบสวน

การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าอันเป็นความผิดทางอาญานั้น ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้ควบคุมความลับทางการค้าจะร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนให้ดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ได้ แต่หากผู้ควบคุมความลับทางการค้าประสงค์ที่จะร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนต้องร้องทุกข์ภายในกำหนด 3 เดือน นับแต่วันที่อยู่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96

เมื่อมีการร้องทุกข์ตามกฎหมายแล้ว พนักงานสอบสวนต้องรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด เพื่อรู้ตัวผู้กระทำความผิด พิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา การแสวงหาหรือรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนนั้น พยานหลักฐานที่สำคัญชิ้นหนึ่งคือ ข้อมูลการค้าอันเป็นความลับ ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบว่า การกระทำตามของผู้ควบคุมความลับทางการค้าร้องทุกข์เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าตามกฎหมายหรือไม่ และผู้ใดเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น ผู้ควบคุมความลับทางการค้าจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลการค้าอันเป็นความลับต่อพนักงานสอบสวนในการสอบคำให้การ เพื่อให้พนักงานสอบสวนบันทึกถ้อยคำลงในบันทึกคำให้การ หรือในบางกรณีอาจต้องส่งมอบเอกสารที่ปรากฏข้อมูลการค้าอันเป็นความลับให้แก่พนักงานสอบสวน ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบการสั่งคดีและเมื่อพนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบจะทำความเห็นว่าควรสั่งฟ้องหรือควรสั่งไม่ฟ้อง แล้วส่งสำนวนการสอบสวนไปยังพนักงานอัยการ

4.2 ชั้นพนักงานอัยการ

เมื่อพนักงานอัยการได้รับความเห็นและสำนวนการสอบสวนจากพนักงานสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการจะตรวจสำนวนการสอบสวน และทำคำสั่งว่ามีความเห็นควรสั่งฟ้องหรือควรสั่งไม่ฟ้องหรือสั่งให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติม หรือให้พนักงานสอบสวนส่งพยานไปให้พนักงานอัยการซักถามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 ในการตรวจสำนวนการสอบสวนเพื่อมีความเห็นพนักงานอัยการจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่างๆ ในสำนวนการสอบสวนทั้งหมด เช่น บันทึกคำให้การของผู้เสียหายหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ได้ให้ถ้อยคำไว้ต่อพนักงานสอบสวน หรือพยานเอกสารที่ปรากฏข้อมูลการค้านั้นเป็นความลับที่ส่งมอบให้พนักงานสอบสวนเพื่อเป็นพยานหลักฐาน หากพนักงานอัยการมีความเห็นควรสั่งฟ้อง จากนั้นจึงจะเข้าสู่การฟ้องคดีต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางต่อไป

4.3 ชั้นศาล

การดำเนินคดีผู้กระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า พนักงานอัยการหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องนำคดีไปฟ้องยังศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง การพิจารณาคดีความลับทางการค้า พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 14 กำหนดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 ซึ่งตามมาตรา 26 ภาระบ่นพิจารณาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 และข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2540 หากไม่มีบทบัญญัติหรือข้อกำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม

การพิจารณาคดีความลับทางการค้าทั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ไม่ว่าพนักงานอัยการหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าจะเป็นผู้ฟ้องคดี เมื่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งประทับฟ้องแล้ว การดำเนินคดีหรือกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนต่อไปคือ การสอบคำให้การจำเลย และในกรณีที่จำเลยให้การปฏิเสธ ศาลจะกำหนดวันนัดสืบพยานเพื่อให้โจทก์และจำเลยนำพยานเข้าสืบ

ในส่วนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งรวมถึงการสืบพยานด้วยนั้น โดยหลักศาลใช้การพิจารณาโดยเปิดเผย แต่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177 ศาลอาจมีคำสั่งให้พิจารณาเป็นการลับได้เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ เพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศไม่ให้ล่วงรู้ถึงประชาชนและตามข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

พ.ศ.2540 ข้อ 24 ศาลอาจสั่งให้พิจารณาเป็นการลับโดยห้ามประชาชนไม่ให้เข้าฟังการพิจารณาได้ เมื่อศาลเห็นสมควร หรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอ ทั้งนี้เพื่อความเหมาะสม หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

5. บทวิเคราะห์

จากข้อมูลที่ได้นำเสนอมาในข้างต้น เห็นได้ว่า ประเทศไทยมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าสอดคล้องกับแนวคิดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าและความตกลงทริปส์ แต่เมื่อมีการกระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าในทางอาญา กระบวนการในการดำเนินคดีนับตั้งแต่ชั้นสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ และชั้นศาล ยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนในการดำเนินคดีไว้เป็นการเฉพาะเพื่อเป็นการรักษาความลับทางการค้านั้น ซึ่งสามารถแยกการวิเคราะห์ได้ดังนี้

การดำเนินคดีความลับทางการค้าในชั้นสอบสวน กฎหมายกำหนดให้พนักงานสอบสวนต้องรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเพื่อทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบการสั่งคดี พนักงานสอบสวนจึงต้องแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ซึ่งองค์ประกอบความผิดที่สำคัญ นอกจากการกระทำที่เป็นการละเมิดแล้วยังได้แก่ ข้อมูลการค้าที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้ากล่าวอ้างว่าเป็นความลับทางการค้านั้นมีอยู่หรือไม่ อย่างไร และมีลักษณะเป็นความลับทางการค้าตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

ในการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน เมื่อมีการร้องทุกข์ พนักงานสอบสวนจะสอบถามรายละเอียด และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลการค้าอันเป็นความลับนั้น รวมทั้งพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด แล้วบันทึกถ้อยคำของผู้ควบคุมความลับทางการค้าหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องลงในบันทึกคำให้การ และหากมีการบันทึกข้อมูลการค้าอันเป็นความลับลงในเอกสารหรือสิ่งบันทึกในรูปแบบอื่น ผู้ควบคุมความลับทางการค้าก็ต้องส่งมอบเอกสารหรือบันทึกนั้นให้แก่พนักงานสอบสวนเพื่อเป็นพยานหลักฐานประกอบสำนวน และเพื่อให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบสามารถทำความเข้าใจว่าควรสั่งฟ้องได้ จึงเห็นได้ว่า ในชั้นสอบสวน พนักงานสอบสวนที่เกี่ยวข้องและพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเป็นผู้ที่ได้รับรู้รับทราบข้อมูลการค้าอันเป็นความลับนั้น แต่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้บังคับกับการสอบสวนและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้พนักงานสอบสวนต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับทางการค้าที่ตนได้รับรู้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือกำหนดมาตรการในการเก็บรักษาข้อมูลการค้าที่เป็นความลับที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่นั้นอย่างไร

การดำเนินคดีความลับทางการค้าในชั้นพนักงานอัยการ กฎหมายกำหนดให้พนักงานอัยการต้องตรวจสอบจำนวนการสอบสวนเพื่อทำคำสั่งในการตรวจสอบจำนวนการสอบสวนพนักงานอัยการจะพิจารณาจากพยานหลักฐานต่างๆ ในจำนวนการสอบสวนทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคลผ่านทางบันทึกคำให้การของผู้เสียหายหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ได้ให้ถ้อยคำไว้ต่อพนักงานสอบสวนหรือพยานเอกสารหรือวัตถุอื่นใดซึ่งบันทึกข้อมูลการค้าอันเป็นความลับที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าส่งมอบให้แก่พนักงานสอบสวน ดังนั้น นอกจากพนักงานสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการเป็นอีกบุคคลหนึ่งที่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดของข้อมูลการค้าอันเป็นความลับนั้น แต่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้บังคับกับการสั่งคดีของพนักงานอัยการไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้พนักงานอัยการต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับทางการค้าที่ได้รับรู้มาจากการตรวจสอบจำนวนการสอบสวนหรือกำหนดมาตรการในการเก็บรักษาข้อมูลการค้าที่เป็นความลับนั้นอย่างไร

การดำเนินคดีความลับทางการค้าในชั้นศาล กฎหมายกำหนดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางออกข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2540 เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

โดยหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจะนั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผย นอกจากคู่ความ ทนายความ เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ศาล และผู้พิพากษาแล้ว ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาและการสืบพยานได้ โดยเฉพาะในชั้นสืบพยาน ซึ่งผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องนำพยานหลักฐานของตนเข้าสืบเพื่อให้ศาลเชื่อว่าข้อมูลการค้าอันมีลักษณะเป็นความลับทางการค้าตามที่กฎหมายกำหนด มีการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า และจำเลยเป็นผู้กระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ดังนั้น พยานหลักฐานที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องนำเสนอต่อศาลที่สำคัญคือ ข้อมูลการค้าที่กล่าวอ้างว่าเป็น ความลับทางการค้า อันได้แก่ พยานบุคคลที่จะต้องนำเข้าเบิกความกล่าวอ้างถึงข้อมูลการค้าอันเป็นความลับ พยานเอกสารที่ระบุรายละเอียดของข้อมูลการค้า หรือพยานวัตถุที่เกี่ยวข้อง

ด้วยกระบวนการสืบพยานดังกล่าว เห็นได้ว่า การนำเสนอพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนผู้ควบคุมความลับทางการค้ามีหน้าที่และมีความจำเป็นต้องเปิดเผยความลับทางการค้าในระหว่างการพิจารณาคดีต่อหน้าผู้พิพากษา เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ศาล ทนายความ และประชาชน แม้กฎหมายจะมีบทบัญญัติให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งให้พิจารณาเป็นการลับได้ แต่คดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าไม่อยู่ในเงื่อนไขที่ศาลจะสั่งให้พิจารณาเป็นการลับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177 ส่วนข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2540 ข้อ 24 กำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่

จะสั่งให้พิจารณาเป็นการลับ โดยห้ามประชาชนไม่ให้เข้าฟังการพิจารณาคดีหรือไม่ก็ได้ ไม่ใช่บังคับเด็ดขาดที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจะต้องใช้ในการพิจารณาคดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า นอกจากนี้แล้วไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ผู้พิพากษา เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ศาล และทนายความต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับทางการค้าที่ตนได้รับรู้มาจากการพิจารณาคดี หรือกำหนดมาตรการในการเก็บรักษาข้อมูลการค้าที่เป็นความลับในระหว่างการพิจารณาคดีอย่างไร

จากกระบวนการของการดำเนินคดีดังกล่าว เห็นได้ว่า การดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องเปิดเผยข้อมูลการค้าอันเป็นความลับนั้นต่อบุคคลหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นทนายความ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ ผู้พิพากษารวมทั้งเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ศาล และประชาชนที่เข้าฟังการพิจารณาคดีซึ่งจากหลักการ แนวคิด และทฤษฎีในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามที่กล่าวมาข้างต้น ต่างมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความลับทางการค้าคงสภาพการเป็นความลับต่อไป โดยหลักการที่สำคัญหลักการหนึ่งคือ หลักการละเมิดความไว้วางใจที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าสามารถเปิดเผยหรือส่งมอบข้อมูลการค้าอันเป็นความลับให้แก่บุคคลอื่นได้ทราบได้ โดยบุคคลอื่นนั้นต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ แต่ด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าทางอาญาของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่มีการกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับหรือกำหนดมาตรการในการเก็บรักษาความลับในระหว่างการดำเนินคดีในทุกขั้นตอนที่เหมาะสม ดังนั้น การที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิและป้องกันการถูกกระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าโดยการนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมกลับมีผลเสมือนเป็นการเปิดเผยข้อมูลความลับทางการค้ามากยิ่งขึ้นไปกว่าการถูกกระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและอาจถึงกับเป็นเหตุให้ความลับทางการค้านั้นสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้าได้

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น การตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ออกใช้บังคับ โดยกำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูกกระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าในทางอาญาสามารถนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้ ย่อมเป็นการแก้ไข ป้องกันปราบปราม รวมทั้งเป็นการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า แต่โดยที่สาระสำคัญของความลับทางการค้าคือ การคงสถานะข้อมูลการค้าอันเป็นความลับ

นั้นไว้โดยมีมาตรการในการรักษาความลับที่เหมาะสม เมื่อพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีความลับทางการค้ายังไม่มีมาตรการในการเก็บรักษาข้อมูลการค้าที่เป็นความลับในระหว่างการดำเนินคดี การดำเนินคดีความลับทางการค้าตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงยังไม่สามารถคุ้มครองความลับทางการค้าของผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีกฎหมายที่ใช้สำหรับการดำเนินคดีความลับทางการค้าเป็นการเฉพาะและกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับทางการค้า ควรกำหนดเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2540 และข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2541 เกี่ยวกับขั้นตอนหรือกระบวนการในการพิจารณาคดีความลับทางการค้าให้แตกต่างจากคดีทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ โดยใช้การพิจารณาลับ และกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับทางการค้า ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินคดีความลับทางการค้ามีมาตรการในการเก็บรักษาข้อมูลการค้าอันเป็นความลับอย่างเหมาะสม และสามารถรักษาความลับทางการค้าของผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าในการใช้สิทธิของตนตามกฎหมาย และส่งผลให้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 สามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

ไชยยศ เหมะรัชตะ. **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม-ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.

Bently, Lionel and Sherman, Brad. **Intellectual Property Law**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2001.

Dean, Robert. **The law of trade secrets**. The Law Book Company, 1990.

Hull, John. **Commercial Secrecy Law and Practice**. London: Sweet and Maxwell, 1998.

สิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการการใช้
และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติตามรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ฐิติรัตน์ ยะอนันต์

สิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560^{*}
Community Rights Towards Natural Resources Exploitation and Management
under the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017)

ฐิติรัตน์ ยะอนันต์^{**}

Thitirat Yaanan

บทคัดย่อ

การศึกษาเรื่อง “สิทธิชุมชน” ครั้งนี้เน้นศึกษาสิทธิของชุมชนในการมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยทำการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญสองฉบับที่ผ่านมาคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อทำความเข้าใจต่อการรับรองสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ และศึกษาปัญหาของสิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วม

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง สิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ศาสตราจารย์ ดร.อำนาจ วงศ์บัณฑิต คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ และ ดร.ประพจน์ คล้ายสุบรรณ.

This article is a part of thesis "Community Rights Towards Natural Resources Exploitation and Management under the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017)." This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at Thammasat University. Professor Dr.Amnat Wongbandit is an advisor. Professor Narong Jaihar and Dr.Prapot Klaisubanare are examiners.

^{**} นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: y.thitirat23@gmail.com.

LL.M. Candidate in Natural Resources Law and Environmental Law, Faculty of Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 12 มีนาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 16 พฤษภาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 23 พฤษภาคม 2562.

บริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไทย การศึกษาค้นคว้าผู้เขียนมีสมมติฐานว่า “สิทธิชุมชน” จะเป็นวิธีการหนึ่งในการแก้ปัญหาการจัดการทรัพยากร และปัญหาความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ประเทศไทยเผชิญอยู่ เนื่องจากการเปิดโอกาสให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินั้น ท้ายสุดจะนำมาซึ่งการบริหารจัดการทรัพยากรอย่างยั่งยืน

Abstract

This research studied about Community toward natural resources Exploitation and Management under the constitution of the kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017). The purposes of this research are to study and analyze the foundation rules about the communities, their uniqueness as well as their rights, in order to comprehend the community rights as written in the Constitution Law of the Kingdom of Thailand, by compared among The Constitution and previous Thai constitutions of 1997 and 2007. This research also studied the community participation patterns along with the problem analysis to find the solution in Management, Maintenance and Utilization of Natural Resources and Environment in order to create the sustainable usage as stated in the Constitution Law.

คำสำคัญ: สิทธิชุมชน, ทรัพยากรธรรมชาติ, รัฐธรรมนูญ

Keywords: community rights, natural resources, constitution

1. บทนำ

สิทธิชุมชนในประเทศไทยเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นตั้งแต่ดั้งเดิมคู่กับวัฒนธรรมชุมชน วัฒนธรรมสังคมมานาน และจากการศึกษาพบว่าในการเรียกร้องสิทธิชุมชนของไทยมักใช้เหตุผลเรื่องของจารีตของชุมชนที่มีมาอย่างยาวนาน ก่อนที่จะมีการปฏิรูปกฎหมายคือ ในสมัยรัชกาลที่ 5 มาเป็นการกล่าวอ้างและมีหลักฐานว่าสิทธิชุมชนมีความเป็นมาที่ยาวนานมากอาจย้อนไปจนถึงในกรณีตัวอย่างคือกฎหมายมังรายและจารีตในชุมชนของภาคเหนือที่มีกฎประเพณีว่าเรื่องของทรัพยากรนั้นเป็นเรื่องที่ถือว่าเป็นประเด็นสมบัติส่วนรวมที่เรียกว่า “ของหน้าหมู่บ้าน” “สิทธิหน้าหมู่บ้าน” ซึ่งเทียบได้กับเรื่องของแนวคิด ลักษณะของทรัพยากรร่วม (Common-Pool Resources) นอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่องของการที่มีชุมชนที่มีประเพณีความเชื่อและพิธีกรรมซึ่งนำมาใช้เป็นเครื่องมือให้สมาชิกชุมชนยอมรับนับถือตามกฎหมายระเบียบของชุมชน¹ ทำให้อาจกล่าวได้ว่าการศึกษาเรื่องสิทธิชุมชนมีรากฐานของสิทธิที่มีการเกิดขึ้นและดำรงอยู่มาอย่างยาวนาน นักวิชาการฝ่ายที่อาจเรียกได้ว่าเป็นฝ่าย “กระแสชุมชนนิยม” ได้ให้ความเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญจะถูกเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรก็ตาม การปฏิเสธและไม่รับรองสิทธิชุมชนนั้นถือว่าเป็นการลดทอนสิทธิที่ชุมชนที่เคยมีมาตามกฎหมายจารีตประเพณี กฎหมายภายในของประเทศไทยจึงควรที่จะรับรองแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนเอาไว้ให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมเพื่อส่งผลให้เกิดเป็นความสำเร็จคือ ความเข้มแข็งของชุมชนดังที่ปรากฏตัวอย่างความสำเร็จของชุมชนในหลายๆ ประเทศ² ลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมาย (Legal Pluralism) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ยอมรับให้มีกฎหมายใช้บังคับมากกว่ากฎหมายของรัฐเพียงอย่างเดียว โดยอาจหมายถึงจารีตประเพณี ขนบของชนพื้นเมือง และกฎของศาสนา เป็นต้น ทั้งนี้ ในระบบของพหุนิยมทางกฎหมายนั้นสามารถจะแบ่งชุดของกฎหมาย ภายในระบบกฎหมายของรัฐได้เป็น 3 ประเภท คือ 1) กฎหมายจากการนิติบัญญัติ (Legislation) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐสมัยใหม่ 2) กฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) เป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับในชุมชนมาเป็นเวลานานมีการปฏิบัติสืบต่อกันมาจนเป็นที่รับรู้กันภายในชุมชนหรือสังคมนั้น 3) กฎหมายศาสนา (Religious Law) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีที่มาจากบทบัญญัติ

¹ อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และคณะ, สิทธิชุมชนท้องถิ่นพื้นเมืองดั้งเดิมล้านนา (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนวิจัย (สกว.), 2546), หน้า 410.

² กอบกุล รายนาค, พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน (เชียงใหม่: สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549), หน้า 51.

ของศาสนาในการกำหนดแนวทางการดำเนินชีวิตของผู้เลื่อมใส³ ซึ่งแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายจะช่วยส่งเสริมสิทธิชุมชนของไทยให้เกิดลักษณะของการยอมรับเป็นวงกว้างและทำให้สิทธิชุมชนได้รับการพัฒนาให้ปรากฏตัวในทางความเป็นจริงมากยิ่งขึ้น

โดยสิทธิชุมชนในประเทศไทยได้รับการรับรองปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และปรากฏต่อเนื่องกันมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบันในรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2560 นั้น ปรากฏมาตราที่เกี่ยวข้องกับ เรื่องสิทธิชุมชนและสิทธิของประชาชนในการจัดการสิ่งแวดล้อมบัญญัติไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยหมวด 3 มาตรา 25 มาตรา 41 และมาตรา 43 และในหมวด 5 หน้าที่ของรัฐมาตรา 51 มาตรา 57 และมาตรา 58 ซึ่งกำหนดให้รัฐอนุรักษ์ คุ้มครอง ปันพูน และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยให้ชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วมให้รัฐต้องดำเนินการให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment: EIA) หรือทำการประเมินผลกระทบต่อคุณภาพและสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ (Environmental Health Impact Assessment: EHIA) และรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนดำเนินโครงการต่างๆ และในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 72

กล่าวสำหรับประเทศไทย จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยได้มีการยอมรับแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนเอาไว้อย่างเป็นรูปธรรม โดยปรากฏในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาจนถึงในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และเมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลปรากฏให้เห็นถึงประเด็นเรื่องสิทธิชุมชน โดยตัวอย่างคือ ในคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องชุมชนและทรัพยากรซึ่งได้มีการนำหลักสิทธิชุมชนมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาหลายคดี เช่น คดีแรกที่เป็นหมุดหมายของสิทธิชุมชนคือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า กลุ่มศรีทวารวดี เป็นผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีโดยอ้างสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ คดีเหตุการณ์ความรุนแรงจากการชุมนุมคัดค้านโครงการท่อส่งก๊าซธรรมชาติไทย-มาเลเซีย จ.สงขลา⁴ และในคดีที่ชาวบ้านในหมู่บ้านคลิตี้ ฟ้องกรมควบคุมมลพิษว่า ไม่เข้าดำเนินการเพื่อกำจัดมลพิษสารตะกั่วในลำห้วยคลิตี้ตามอำนาจหน้าที่ เป็นต้น⁵

³โสภณ ตะติไชติพันธุ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัยเพื่อการปรับปรุงกฎหมายตามยุทธศาสตร์การแก้ไขปัญหาความยากจน กรณีกลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ (กรุงเทพมหานคร: คณะบุคคลจัดการทรัพยากร, 2550), หน้า 12-13.

⁴นายเจ้เดิน อนันตพิรังค์ ที่ 1 กับพวกรวม 30 คน ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 1, จังหวัดสงขลา ที่ 2 และกระทรวงมหาดไทย ที่ 3 ผู้ถูกฟ้อง, คดีหมายเลขแดงที่ 51/2549 (ศาลปกครองสงขลา, 2549).

⁵นายยะเสอะ นาสวนสุวรรณ ที่ 1 กับพวกรวม 22 คน ผู้ฟ้องคดี กับ กรมควบคุมมลพิษ ผู้ถูกฟ้อง, คดีหมายเลขแดง ที่ อ.743/2555 (ศาลปกครองสูงสุด, 2555).

2. ความหมายและลักษณะที่สำคัญของสิทธิชุมชน

การนิยามความหมายของสิทธิชุมชน โดยเบื้องต้นโดยการศึกษาคำนิยามของคำว่า สิทธิชุมชน ซึ่งจากการศึกษานั้นสิทธิชุมชนของไทยได้ถูกนิยามโดยมีความสัมพันธ์ในเรื่องของจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติที่มีมาอย่างช้านาน โดยเฉพาะเรื่องของจารีตประเพณีในเรื่องของการใช้และการจัดการทรัพยากรร่วมกันมาก่อนที่จะถูกลดทอนหรือทำลายโดยระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รับมาจากสังคมตะวันตก⁶ โดยสรุปนิยามของสิทธิชุมชนที่มักถูกนำมาใช้ในการอ้างอิง ได้แก่

สิทธิชุมชน หมายถึง สิทธิที่ไม่ใช่ของบุคคลของประชาชนแต่ละคนและไม่ใช่ของรัฐ แต่เป็นเรื่องของสิทธิของชุมชนที่จะจัดการ ใช้ประโยชน์ และมีหน้าที่ในการที่จะบำรุงรักษาทรัพยากร⁷

เสน่ห์ จามริก ให้ความหมาย “สิทธิชุมชน คือ การให้ชุมชนชาวบ้านมีสิทธิในการเลือกอนาคตของตนเอง เป็นตัวของตัวเองเป็นอิสระโดยตัวเองในสถานการณ์ปัจจุบัน ชาวบ้านจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเรียนรู้ชุมชนที่เขาอยู่ ทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพภูมิปัญญาเหล่านี้เป็นสิ่งที่โลกกำลังจ้องอยู่ ประการที่หนึ่ง เขาต้องเรียนรู้ที่จะเชื่อมสิ่งที่เขามีอยู่กับการต้องการ ความคาดหวังจากโลกภายนอกเท่าทันที่จะปกป้องสิทธิของเขา ในขณะเดียวกัน ก็ใช้สิทธิที่จะพิสูจน์ให้โลกเห็นว่าเขาสามารถทำประโยชน์ให้กับโลกได้อย่างน้อยที่สุดปกป้องรักษาทรัพยากรของโลก ประการที่สอง อาจจะบอกว่าเขาก็สนใจอยากจะได้เรียนรู้เพิ่มเติมที่จะทำวิจัย เขายินดีที่จะร่วมมือทำอะไรต่อมีอะไรที่จะใช้ทรัพยากรเหล่านี้เป็นประโยชน์ยั่งยืน ในเวลานี้เราต่อสู้เรื่องสิทธิชุมชนแค่เรื่องสิทธิทำกินว่าต้องให้อยู่ตรงนี้ ถ้าเป็นแค่นี้ไม่พอมีอะไรหลายอย่างที่เรากำลังต้องคิดวิจัยศึกษา”⁸

คำว่า “ชุมชน” หรือ “Community” เป็นคำที่มีความหมายค่อนข้างกว้าง ยากต่อการให้ความหมายหรือนิยามที่ชัดเจนลงไป ซึ่งอาจจะกล่าวในเบื้องต้นว่า ชุมชน เป็นข้อความคิดสำคัญในวิชาสังคมวิทยาซึ่งหมายถึง หมู่คณะซึ่งดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งโดยมิได้มีเป้าหมายหรือตกลงดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน แต่มีสายสัมพันธ์ระหว่างกันตามธรรมชาติ มีลักษณะคล้ายกับคณะบุคคลหรือหมู่คณะอย่างอื่นที่เป็นหน่วยในทางสังคม เช่น สมาคม โดยต่างมีความมุ่งหมายใดมุ่งหมายหนึ่งร่วมกัน กิตติศักดิ์ ปรกติ ให้ความหมาย “ชุมชน คือกลุ่มคนที่รวมตัวกันโดยไม่มีแบบแผนแต่ยึดโยงกันด้วยคุณค่า บรรทัดฐาน ประเพณี วัฒนธรรม หรือความเชื่อ ซึ่งเป็น

⁶ กอบกุล ธาระนาคร, เรื่องเดิม, หน้า 33.

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ข้อสังเกตเชิงกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ: สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจการจัดการทรัพยากร (กรุงเทพมหานคร: สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536), หน้า 34.

⁸ เสน่ห์ จามริก และยศ สันตสมบัติ, ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา (กรุงเทพมหานคร: สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536), หน้า 9.

การรวมตัวกันตามธรรมชาติและไม่มีเป้าหมายใดเป็นการเฉพาะ⁹ โดยที่สมาคมและชุมชนก็มีข้อแตกต่างกัน คือ สมาคมเป็นคณะบุคคลหรือหมู่คณะที่ตกลงกันดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกันซึ่งมีการรวมกันโดยการจัดตั้ง มีการตกลงกันและจัดการอย่างเป็นระบบ (Artificial and Machanical) ชุมชนมีลักษณะเป็นคณะบุคคลหรือหมู่คณะที่รวมตัวกันเพื่อความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่มีการมาตกลงกันอย่างแจ้งชัดแต่เป็นการรวมกันในขณะที่เป็นไปเองโดยวิถีชีวิตซึ่งดำเนินไปเองตามธรรมชาติ (Real and Organic)¹⁰

โดยผู้เขียนขอเสนอตัวอย่างการนิยามของกฎหมายจำนวนสามฉบับที่มีการนิยามคำว่าชุมชนเอาไว้ ในลักษณะที่อาจส่งเสริมต่อการใช้สิทธิชุมชนในการจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่ 1) พระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ.2551 มีเหตุผลของการตราขึ้นที่ว่า ชุมชนเป็นสังคมฐานรากที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ มีวิถีชีวิต วัฒนธรรมแตกต่างหลากหลายตามภูมิโนเวศ การพัฒนาประเทศที่ผ่านมาก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง ทั้งทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้ชุมชนอ่อนแอประสบปัญหาความยากจน เกิดปัญหาสังคมมากขึ้น ทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมของชุมชนถูกทำลายจนเสื่อมโทรม เพื่อให้ชุมชนมีความเข้มแข็งสามารถจัดการตนเองได้อย่างยั่งยืน โดยพิจารณา มาตรา 3¹¹ มีการนิยามคำว่า “ชุมชน” “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” 2) พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมาย ปรากฏตามมาตรา 3 เพื่อต้องการที่จะสร้างพื้นที่ป่าและเป็นการพัฒนาสิทธิชุมชน และการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนโดยเกิดความพยายามในการออกกฎหมายว่าด้วย “ป่าชุมชน” ภายใต้พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. มาตรา 4 ให้คำนิยามคำว่า “ชุมชน” หมายความว่า กลุ่มประชาชนที่รวมตัวกันโดยมีวัตถุประสงค์หรือผลประโยชน์ร่วมกัน เพื่อทำกิจกรรมอันชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งช่วยเหลือหรือสนับสนุนการดำเนินการใดๆ อันเป็นประโยชน์ร่วมกันของประชาชนในชุมชนนั้น โดยมีการรวมตัวกันอย่างต่อเนื่อง มีระบบบริหารจัดการในรูปของคณะบุคคลและมีการแสดงเจตนาแทนชุมชนได้¹² 3) ร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. (ฉบับรับฟังความคิดเห็น) ซึ่งจัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายนั้น มีการกล่าวถึงนิยาม

⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), หน้า 53-59.

¹⁰ ชุรงค์เพชร ขายทวีป, “ผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 104.

¹¹ “พระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ.2551,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 125 ตอนที่ 31 ก (9 กุมภาพันธ์ 2551): 27.

¹² สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. [Online], available URL: http://web.senate.go.th/bill/bk_data/474-3.pdf, 2562 (พฤษภาคม, 15).

“ชุมชน” หมายความว่ารวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีวิถีชีวิตซึ่งสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันในทางสังคมเศรษฐกิจ วัฒนธรรม หรือสิ่งแวดล้อม โดยมีผลประโยชน์ในการอยู่ร่วมกันหรือดำเนินการอื่นอันเป็นประโยชน์ร่วมกัน ทั้งนี้ให้หมายรวมถึงชุมชนที่มีผลประโยชน์ในการอยู่ร่วมกันในพื้นที่หรือท้องถิ่น หรือยังคงดำรงวิถีชีวิตจารีตประเพณี ภูมิปัญญาหรือวัฒนธรรมแบบดั้งเดิมหรือแบบพื้นบ้านสืบทอดกันมาด้วย¹³

ผู้เขียนขอเสนอพัฒนาการของความเปลี่ยนแปลงในการรับรองสิทธิชุมชนที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2540 ฉบับพุทธศักราช 2550 และในฉบับพุทธศักราช 2560 ซึ่งปรากฏพัฒนาการความเปลี่ยนแปลงในสิทธิชุมชนในลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงดังต่อไปนี้ การที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมภาคยานุวัติต่อกติกาสากลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชน ได้แก่ กติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1996 ที่มีผลบังคับกับประเทศไทยเมื่อ 30 มกราคม 2540 หรือกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ในปี พ.ศ.2542 ที่มีผลบังคับกับประเทศไทยเมื่อ 5 ธันวาคม 2542 นั้น ได้นำมาซึ่งการตื่นตัวและความเคลื่อนไหวในระดับสากลนั้น เป็นปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลให้เกิดการตื่นตัวในเรื่องสิทธิชุมชนในประเทศไทยจนนำไปสู่การรับรองสิทธิชุมชนไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ¹⁴

2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2540

บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้ ถือเป็น การรับรองตัวตนในทางกฎหมาย (Legal Entity) ของชุมชนไว้เป็นรูปธรรมครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดสถานะของหมู่คณะแยกออกจากบุคคลธรรมดา ซึ่งส่งผลทำให้ชุมชนได้กลายเป็นผู้ทรงสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญโดยการรวมตัวกันของชุมชนดังกล่าว มีลักษณะเพื่อประโยชน์หรือความมุ่งหมาย ร่วมกันบางประการ โดยบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้ในสองมาตรา คือ มาตรา 46 และมาตรา 56 โดยมาตรา 46 บัญญัติรับรองสิทธิ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม”¹⁵ และในมาตรา 56¹⁶ บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่มีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนไว้

¹³ คณะกรรมการดำเนินการปฏิรูปกฎหมายในระยะเร่งด่วน, ร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. [Online], available URL: <http://www.thailawreform.go.th/tw/wp-content/uploads/2006/2561pdf>, 2561 (ธันวาคม, 18).

¹⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เรื่องเดิม, หน้า 63-66, 121-122.

¹⁵ ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพมหานคร: กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2540) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 123-128.

¹⁶ ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 12.

จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ.2540 ซึ่งได้ถูกยกเลิกไปเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ได้เคยใช้คำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” คำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “Tradition Community”¹⁷ ดังนั้นหากพิจารณาโดยนัยจากคำว่า “Tradition” เป็นคำที่แสดงให้เห็นถึงนัยทางด้าน ธรรมเนียม ประเพณี จารีตประเพณี จารีตนิยม สำหรับจารีตประเพณีนั้นก็คือ สิ่งที่มีสัมพันธ์กับการอยู่รอดร่วมกันของกลุ่มชนหรือสังคม โดยเฉพาะ มักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อในสิ่งนอกเหนือธรรมชาติโดยเฉพาะจารีต ดังกล่าวนี้นี้คือ ข้อห้ามต่างๆ (Taboo) ที่คนในสังคมจะละเมิดไม่ได้ ถ้าหากละเมิดแล้วสิ่งนอกเหนือธรรมชาติจะเข้ามาเกี่ยวข้องโดยการบันดาลให้เกิดความพิบัติเสียหายแก่สังคมนั้นๆ ได้¹⁸ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นจะพบโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2540 มาตรา 46 รับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้ 2 ลักษณะ คือ (1) สิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และ (2) สิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุล และยั่งยืนโดยสรุปพัฒนาการของสิทธิชุมชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ.2540 มีบทบัญญัติหลายประการที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งรวมถึง การอนุรักษ์ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน อีกทั้งยังมีบทบัญญัติที่ให้ความสำคัญกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเป็นการให้ความสำคัญในประเด็นเรื่องของการที่ต้องกำหนดให้ต้องกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการจัดบริการสาธารณะด้านต่างๆ อันรวมถึงการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งนับเป็นหมวดหมู่ที่สำคัญต่อประเด็นเรื่องสิทธิชุมชนในประเทศไทย¹⁹ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยถูกบัญญัติเอาไว้มากและมีลักษณะที่ก้าวหน้ากว่าหลายประเทศ แต่ปัญหาของสิทธิชุมชนในประเทศไทยคือ ปัญหาเนื่องจากกฎหมายสิ่งแวดล้อมของไทยที่มีลักษณะกระจัดกระจาย มีทั้งประกาศหรือระเบียบของแต่ละกระทรวงแต่เนื้อหากลับขัดแย้งกันเอง หรือบางเรื่องก็ถกเถียงกันเพราะไม่มีเจ้าของงานขาดกฎหมายกลางที่กำหนดรายละเอียดของสิทธิชุมชน ปัญหาเหล่านี้เป็นต้นเหตุที่ทำให้สิทธิชุมชนของไทยไม่อาจเกิดขึ้นได้ในทางความเป็นจริง

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 (ฉบับภาษาไทย-อังกฤษ) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พี.เอ.ลิฟวิ่ง, 2542), หน้า 111.

¹⁸ พงษ์สวัสดิ์ อักษรสวัสดิ์, “สิทธิการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 13.

¹⁹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักประชาสัมพันธ์, 2555), หน้า 27-28.

2.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2550

สิทธิชุมชนมีการบัญญัติแยกไว้เป็นการเฉพาะในหมวดที่ 3 ส่วนที่ 12 สิทธิชุมชน มาตรา 66²⁰ และมาตรา 67 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 66 มีเจตนารมณ์เพื่อรับรองสิทธิชุมชน ชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามหลักการของ รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 โดยรับรองเพิ่มให้ชุมชนและชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิเช่นเดียวกับชุมชนท้องถิ่น ดั้งเดิมดังที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ 2540²¹ ทำให้ลักษณะของชุมชนที่มีการรับรองตาม รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช 2550 ประกอบด้วย ชุมชน ชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม

2.2.1 ชุมชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2550 ไม่ได้ให้ความหมาย ของ “ชุมชน” เอาไว้ในตัวบทของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด โดยจากการศึกษาพบว่านิยาม “ชุมชน” (Community) มีความหมายค่อนข้างกว้างยากที่จะให้ความหมายหรือนิยามให้ได้ความหมายที่ชัดเจนลง ไปโดยอาจจะกล่าวในเบื้องต้นได้ว่า ชุมชนเป็นข้อความคิดสำคัญในวิชาสังคมวิทยา หมายถึงหมู่คณะ ซึ่งดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งโดยไม่ได้มีเป้าหมายหรือตกลงดำเนินกิจการอย่างใด อย่างหนึ่งร่วมกัน แต่มีความสัมพันธ์ระหว่างกันตามธรรมชาติ มีลักษณะคล้ายกับคณะบุคคลหรือหมู่ คณะอย่างอื่นที่เป็นหน่วยในทางสังคม²²

2.2.2 ชุมชนท้องถิ่น

นิยามของชุมชนท้องถิ่น เกิดจากการรวมตัวกันระหว่างคำว่า ชุมชน และท้องถิ่น คำว่า ท้องถิ่น หมายถึงหน่วยในการตั้งถิ่นฐาน ณ ที่ตั้งในทางภูมิศาสตร์ หรือท้องถิ่นคือท้องที่ตั้งภูมิศาสตร์ สถานที่ พื้นที่ หรืออาณาบริเวณทางกายภาพตามธรรมชาติ²³

²⁰ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (กรุงเทพมหานคร: กลุ่มงานผลิต เอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550), หน้า 16.

²¹คณะกรรมการการวิสามัญร่างที่กเจตนาธรรม, รายงานผลการดำเนินงานจดหมายเหตุและตรวจรายงาน การประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาร่างรัฐธรรมนูญ, 2550), หน้า 58.

²²ซอร์คเพอร์ ชายทวีป, เรื่องเดิม, หน้า 104.

²³พัฒนา กิตติอาษา, ท้องถิ่นนิยม (กรุงเทพมหานคร: กองทุนอินทร์เพื่อการศึกษาทางมานุษยวิทยา, 2546), หน้า 44, อ้างถึงใน จุมพล นิยมพานิช, “แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับประชาสังคมและชุมชนท้องถิ่น,” ประมวลสาระชุด วิชาประชาสังคมและชุมชนท้องถิ่นหน่วยที่ 3, พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2550), หน้า 3-24.

ชุมชนท้องถิ่น หมายถึง พื้นที่หรืออาณาบริเวณหนึ่งที่มีประชากรหรือกลุ่มคนอาศัยอยู่โดยที่กลุ่มคนในพื้นที่ต่างมีความสัมพันธ์ระหว่างกัน และมีความสัมพันธ์กับระบบกลุ่มต่างๆ ภายนอก เช่น สัมพันธ์กับระบบสังคมภายนอก ระบบการเมืองการปกครอง เป็นต้น และโดยที่กลุ่มคนที่อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกันดังกล่าว จึงอาจมีลักษณะบางอย่างร่วมกัน เช่น ผลประโยชน์ ความสนใจ และอยู่ภายใต้หน่วยปกครองท้องถิ่นเดียวกัน²⁴

2.2.3 ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม

ในอดีตพบว่ามีปัญหาของการถกเถียงเกี่ยวกับความหมายของ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2540 ที่เคยพบในอดีต ทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ที่ทำหน้าที่ในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2550 ได้ให้ความหมายของชุมชนเอาไว้ในบันทึกเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเอาไว้ว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” หมายถึง บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นเป็นรากฐานสำคัญในการดำรงชีพโดยมีวิธีการจัดการและการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืนมาตั้งแต่อดีต จึงมีสิทธิจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่นนั้นในการดำรงชีพของตน ตลอดจนมีสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นโดยตรง²⁵ และจากการศึกษาพบว่า คำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” เป็นคำใหม่ที่จะปรากฏในรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 มาตรา 46 ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องใหม่และหลักการใหม่ที่ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 ซึ่งเป็นผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับดังกล่าวได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับถ้อยคำ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ในมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญไว้ว่าสำหรับคำว่า “ดั้งเดิม” ที่นำมารวมกับคำว่า “ท้องถิ่น” เป็น “ท้องถิ่นดั้งเดิม” นั้น ได้มีการเพิ่มเติมเข้ามาภายหลัง ซึ่งการเติมคำว่า “ดั้งเดิม” นี้ ก็เพื่อให้เห็นว่าชุมชนนั้นจะต้องมีรากฐานมาจากอดีตด้วยไม่ใช่ชุมชนที่สร้างขึ้นใหม่แต่อย่างใด²⁶

ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมจะมีลักษณะพิเศษคือ การมีลักษณะของความเป็นท้องถิ่นดั้งเดิม กล่าวคือ ลักษณะของชุมชนจะมีเอกลักษณ์ของการใช้ชีวิตชีวิตพื้นบ้านดั้งเดิมตามแบบแผนจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของท้องถิ่นตน ปรากฏวิถีชีวิตที่มีความผูกพันในทางความเป็นมาที่ยาวนานร่วมกันและมีรากฐานของกลุ่มร่วมกัน และจากการศึกษาพบว่า ลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งคือ

²⁴ ไกวิทย์ พวงงาม, “แนวคิดเกี่ยวกับท้องถิ่นและชุมชน,” ประมวลสาระชุดวิชาแนวคิดทางการเมืองและสังคม บัณฑิตศึกษาสาขาวิชารัฐศาสตร์ (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช, 2547), หน้า 266.

²⁵ คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์, เรื่องเดิม, หน้า 58.

²⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานการประชุมสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17 (เป็นพิเศษ), 2540 34/1, อ้างถึงใน พิเชษฐ เมลาพันธ์, ขบวนการยุติธรรม-รัฐธรรมนูญคดีตัวอย่างและข้อกังขาเรื่องสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม [Online], available URL: <http://www.midnightuniv.org/mnu2544/newpage13.html>.58, 2561 (กุมภาพันธ์, 18).

การสืบทอดขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม ภาษา โดยมีศาสนาเป็นศูนย์รวมความเชื่อและที่พึ่งทางด้านจิตใจ โดยมีการสืบทอดวิถีชีวิตจะเป็นแบบมรดกตกทอดจากรุ่นลูก จึงเป็นความต่อเนื่องของการสืบทอดวิถีชีวิตที่แทบจะไม่เปลี่ยนแปลง อีกทั้งวิถีชีวิตที่สืบเนื่องต่อกันมีความสัมพันธ์ที่ผูกพันต่อท้องถิ่นที่อยู่อาศัยมีวิถีผูกพันและขึ้นต่อทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่ในชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้นๆ²⁷ นอกจากนี้ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมจะอาศัยทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นฐานในการดำรงชีวิตเป็นหลักในการใช้ชีวิตร่วมกันในชุมชน และจะมีการเชื่อมโยงไปสู่ประเด็นของการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่นตนอย่างสมดุลและยั่งยืน

กล่าวโดยสรุป การรับรองสิทธิในการรวมตัวเป็นชุมชน ซึ่งเป็นลักษณะสิทธิเชิงกลุ่ม (Collective Right) ให้มีส่วนร่วมอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติและมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน เป็นสิทธิชุมชนบนฐานทรัพยากรธรรมชาติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2550 ที่ถูกยกเลิกไปแล้ว ได้วางหลักการรับรองผลทางกฎหมายให้ชุมชนและบุคคลมีสิทธิบนฐานทรัพยากรในสามประการ คือ สิทธิในลักษณะกลุ่ม (Collective Right) ของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ประการที่สอง คือ สิทธิส่วนบุคคล (Individual Right) ของบุคคลที่ร่วมกับรัฐหรือชุมชน ประการสุดท้ายคือ เป็นสิทธิชุมชนบนฐานทรัพยากรในระดับเดียวกับรัฐ และรวมถึงการรับรองให้สิทธิชุมชนสามารถยับยั้งกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงทางด้านทรัพยากรธรรมชาติของชุมชน²⁸ จากการศึกษาพัฒนาการของสิทธิชุมชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ.2550 พบว่า สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ปรากฏแนวคิดเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยคงไว้ซึ่งหลักการและทำการเปลี่ยนแปลงในบางประการ มีการรับรองและบัญญัติในเชิงที่มีลักษณะที่มีความชัดเจนและบัญญัติในเชิงที่มีแก้ไขปัญหบางประการ ซึ่งเคยปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 การตัด “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกไป เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิได้โดยไม่ต้องรอให้มีกฎหมายลูกกำหนดรายละเอียดของการใช้สิทธิชุมชน สรุปเป็นการเปลี่ยนแปลงที่

²⁷ พงษ์สวัสดิ์ อักษรสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 156.

²⁸ พงษ์สวัสดิ์ อักษรสวัสดิ์, “สิทธิชุมชนบนฐานทรัพยากรธรรมชาติ : ศึกษากรณีจังหวัดตาก,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 52.

แสดงออกเป็นหลักการที่สำคัญ 4 ประการคือ²⁹ 1) การกำหนดประเด็นเรื่องสิทธิชุมชนแยกไว้อย่างชัดเจนโดยตรง โดยปรากฏในส่วนที่ 12 ในหมวดที่ 3 สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย 2) ปรากฏลักษณะของการขยายผู้ทรงสิทธิ 3) การยกระดับโดยการเพิ่มความเข้มข้นของสิทธิชุมชนไปถึงระดับท้องถิ่น โดยมีการกระจายอำนาจของรัฐจากส่วนกลางไปยังท้องถิ่น 4) ทิศทางการยอมรับสิทธิชุมชนมีแนวโน้มที่ดีขึ้น ภาครัฐได้แสดงออกถึงการพยายามที่จะแก้ไขปัญหา เช่น วางหลักการตีความตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552

2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2560

จากการศึกษาพัฒนาการของสิทธิชุมชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ.2560 พบว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันปรากฏลักษณะของการรับรองสิทธิชุมชนไว้ในมาตรา 43³⁰ วางหลักเรื่องสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนเอาไว้ 3 ลักษณะ ได้แก่ สิทธิในการจัดการ สิทธิในการบำรุงรักษาและสิทธิในการใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติ อีกทั้งยังเขียนกำหนดไว้ในมาตรา 43 วรรค 2 ว่าการใช้สิทธิตามมาตรา 43 วรรค 1 หมายความว่ารวมถึง การใช้สิทธิที่จะร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐในการดำเนินการดังกล่าวด้วย โดยปรากฏการให้สิทธิการมีส่วนร่วมกับองค์กรท้องถิ่นได้ การรับรองใช้ถ้อยคำว่า บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ โดยตัดรายละเอียดรูปแบบการรับรองทั้งสิทธิชุมชนท้องถิ่น และสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมออกไป เนื่องจากปัญหาความยุ่งยากในการนิยามขอบเขตของชุมชนทั้งสองประเภทข้างต้น เหลือไว้แค่การรับรอง “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชนตามมาตรา 43 (1), (2) ประการแรก มีการเปลี่ยนการรับรองสิทธิชุมชนที่เคยบัญญัติเอาไว้ในหมวดเรื่องสิทธิเสรีภาพ ไปเป็นเรื่องหน้าที่ของรัฐ ประการที่สอง มีการนำเอาเทคนิคของบัญญัติเชิง “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” กลับมาใช้อีกครั้ง ประการที่สาม พบว่า ได้ตัดบทบัญญัติรับรองสิทธิการดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีออกไปโดยตัดทอนข้อความที่เคยปรากฏถึงการรับรองสิทธิการดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีถูกทำให้หายไปโดยการยกเลิกมาตรา 67 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากการศึกษาลักษณะที่สำคัญของสิทธิชุมชนพบว่า สิทธิชุมชนมีรากฐานมาจากสิทธิตามธรรมชาติ และสิทธิมนุษยชน โดยสิทธิชุมชนมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก มีลักษณะของสิทธิรวมหมู่ (Collective Right) สิทธิร่วมกันของประชาชนที่รวมตัวเป็นชุมชนโดยการดำเนินชีวิตภายใต้แบบแผนเดียวกัน ประการที่สอง มีลักษณะของสิทธิในการมีส่วนร่วม (Right to

²⁹ ปัทมา สุปำบัง, การเข้า (ให้) ถึงสิทธิชุมชน การมีสิทธิ มีเสียงในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชนและประชาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและพัฒนาสถาบันพระปกเกล้า, 2559), หน้า 20.

³⁰ ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 11.

Participation) สิทธิเหนือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชนเป็นเรื่องการให้อำนาจแก่ชุมชนในการมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการทรัพยากรซึ่งเป็นปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของชุมชนและประการสุดท้าย สิทธิชุมชนเป็นสิทธิตามสภาพความเป็นจริง (Defacto) ทรัพยากรเป็นปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์ การรวมตัวกันเป็นชุมชนและยอมรับร่วมกันของสมาชิกในชุมชนจนเกิดเป็นแบบแผน ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี และวัฒนธรรมในการดำรงชีวิตร่วมกันของคนในชุมชน อาจกล่าวได้ว่า มีการยอมรับการมีอยู่แล้วของชุมชนตามธรรมชาติ คือ การดำรงอยู่ของชุมชน มีอยู่แต่ไม่มีกฎหมายรับรอง การที่บุคคลใดเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการ ดูแลรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่น จึงถือเป็นสิทธิของบุคคลในการรวมกันเป็นชุมชนคือ สิทธิของปัจเจก ตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองเอาไว้ เช่นเดียวกับสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทอื่นๆ เช่นเดียวกับสิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกายและสิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพซึ่งเป็นแก่นของสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้นชุมชนจึงเป็นหน่วยทางสังคมที่มีสภาพไม่จำต้องอ้างอิงการรับรองโดยกฎหมาย มีฐานะตัวตนของการรับรองโดยทั่วไป และมีสิทธิโดยสภาพความเป็นจริง แต่อย่างไรก็ตามความสำคัญของการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการรวมตัวกันเป็นชุมชนตามรัฐธรรมนูญ คือ เป็นการแสดงออกถึงการรับรองตัวตนทางกฎหมายของชุมชน (Legal Entity) ซึ่งจะส่งผลต่อการเป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยสมบูรณ์³¹ และลักษณะอื่นๆ ของสิทธิชุมชน ได้แก่

2.3.1 อุดมการณ์ของสิทธิชุมชน เป็นอุดมการณ์เพื่อความอยู่รอดของชุมชน

2.3.2 กระบวนการในการเกิดขึ้นของสิทธิชุมชนในแต่ละประเภท ไม่ได้เกิดจากความสัมพันธ์ในเชิงพันธสัญญา เกิดจากกระบวนการภายในของชุมชนในแต่ละพื้นที่ที่ทดลองเรียนรู้สั่งสมขึ้นมาเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างสังคมในระดับชุมชน และในหลายๆ กรณีที่เกิดจากประสบการณ์และทำให้เกิดขึ้นซ้ำๆ ในทางความคิด

2.3.3 สิทธิชุมชนตั้งอยู่บนสำนึกและความรับรู้ร่วมกันของชุมชนเป็นหลัก โดยมักจะไม่สามารถปรากฏในรูปของบันทึกที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเด่นชัด

2.3.4 กลไกในการบังคับเป็นไปโดยอาศัยวิธีการของแต่ละชุมชน ผ่านทางระบบความสัมพันธ์ในด้านต่างๆ ที่มีอยู่ในชุมชน

2.3.5 สิทธิชุมชนเป็นความพยายามของชุมชนในการสร้างและจัดความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกของชุมชนให้สอดคล้องกับการกระทำที่ทุกคนสามารถเข้าถึงได้ และมีทางเลือก

³¹ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญวิทยาลัยรัฐธรรมนูญ, “หลักสิทธิมนุษยชน ปัญหาในการรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชน,” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, การนำเสนอผลงานในการอบรม หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2 ณ อาคารบัณฑิตวิทยาลัย, 1 สิงหาคม 2552, หน้า 11.

2.3.6 สิทธิชุมชนเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด เป็นสิทธิที่มีการคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่อยู่ในชุมชน

2.3.7 สิทธิชุมชนมักจะมีกลไกภายในชุมชนที่มีการจัดการแบ่งทรัพยากรที่จำเป็นต่อการดำรงชีพและให้โอกาสกับสมาชิกของชุมชน³²

3. ที่มาของสิทธิชุมชน

เมื่อศึกษาพบว่าแท้จริงแล้ว “สิทธิชุมชน” นั้นเป็นอุดมการณ์ที่แนบแน่นกับวิถีชีวิตและวัฒนธรรมชุมชนมาอย่างยาวนาน ที่มาของสิทธิชุมชน (Communities Rights)³³ การปรากฏตัวของสิทธิชุมชน ปรากฏขึ้นพร้อมและควบคู่กับสิทธิชนพื้นเมือง โดยสิทธิทั้งสองประเภท มีการปรากฏในเอกสารกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกภายใต้ปฏิญญาโอ (Rio Declaration on Environment and Development) มาตรา 22 ซึ่งบัญญัติว่า

“ชนพื้นเมืองและชุมชน รวมตลอดทั้งคนในท้องถิ่นอื่นๆ มีบทบาทสำคัญในการจัดการและการพัฒนาสิ่งแวดล้อมด้วยเหตุที่ว่าชุมชนดังกล่าว มีความรู้และมีแนวปฏิบัติสืบทอดกันมา รัฐควรจะต้องยอมรับและให้การสนับสนุนอย่างเหมาะสมต่อเอกลักษณ์ วัฒนธรรมและประโยชน์ของชุมชน รวมทั้งทำให้ชุมชนดังกล่าวมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อให้บรรลุถึงการพัฒนาที่ยั่งยืน”

การยอมรับหลักการเรื่องสิทธิชุมชนตามที่ปรากฏในปฏิญญาโอถูกนำมาบัญญัติเป็นหลักการที่สำคัญในการตรารอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD)³⁴ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีรายละเอียดเป็นการกำหนดหลักการเรื่องสิทธิชุมชนในภาคปฏิบัติโดยเน้นเรื่องของชนพื้นเมืองและชุมชนที่มีความผูกพันเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ในฐานะผู้รักษาและส่งเสริมทรัพยากรธรรมชาติ โดยอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้รับการรับรองและให้การคุ้มครองว่าชนพื้นเมืองและชุมชนในฐานะที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติซึ่งผู้ใดผู้หนึ่งจะเป็นเจ้าของมิได้ตามหลักการว่าด้วยมรดกของมวลมนุษยชาติ³⁵ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้กำหนดหลักการที่สำคัญไว้ในหลายประเด็น ได้แก่ การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเป็น

³² สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญวิทยาลัยรัฐธรรมนูญ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

³³ ปวีตร เลิศธรรมเทวี, สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 57.

³⁴ United Nation Convention on Biological Diversity, opened for signature 5 June 1992, 31 UNTS 818 (entered into force 29 December 1993).

³⁵ ปวีตร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดิม, หน้า 58.

ปัจจัยที่จะส่งเสริมและรักษาทรัพยากรอย่างยั่งยืน³⁶ การสนับสนุนเพื่อให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน โดยรัฐสมาชิกจะต้องดำเนินการกำหนดนโยบายดังกล่าวเข้ากับแผนดำเนินการของแต่ละรัฐและกำหนดเรื่องของการใช้ทรัพยากรจะต้องเป็นไปในลักษณะที่จะก่อให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์ โดยในมาตรา 8 (j) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ได้แสดงออกให้เห็นถึงการรับรองสิทธิในเรื่องชุมชนในเอกสารกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีเนื้อหาบัญญัติว่า “ภาคีสมาชิก ควรจะต้องเคารพ สงวนและรักษากฎมรดกภูมิปัญญา วัฒนธรรม และแนวปฏิบัติของชนพื้นเมืองและชุมชนด้านภูมิปัญญาท้องถิ่นวิถีชีวิตที่มีความเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ทรัพยากรอย่างยั่งยืนและสนับสนุนการต่อยอดองค์ความรู้ดังกล่าว เพื่อเป็นการที่จะก่อให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียม”

ในประเด็นเรื่องของสิทธิชุมชนที่ปรากฏในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่สำคัญ เช่น ภายใต้ปฏิญญาริโอ และภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องถึงประเด็นที่รับรองเรื่องสิทธิชุมชนและชนพื้นเมืองที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติอย่างมาก โดยเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า สิทธิชุมชน มีประเภทของสิทธิที่ปรากฏในเรื่องของสิทธิชุมชน ได้แก่ สิทธิของชนพื้นเมือง สิทธิชุมชน สิทธิชุมชนท้องถิ่นและสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหรือสิทธิชุมชนพื้นเมือง³⁷ ข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ของการสร้างองค์ความรู้ แนวคิดทฤษฎี เรื่อง “สิทธิ” จนคลี่คลายมาถึง “สิทธิชุมชน” ในปัจจุบันมีรากฐานสำคัญมาจากการพัฒนาปรัชญาการเมืองที่เกิดขึ้นในสังคมตะวันตกในศตวรรษที่ 16-17 ซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิของปัจเจกชน (Individual Right) ในฐานะ “สิทธิของพลเมือง” และ “สิทธิทางการเมือง” อันเป็นที่มาของระบอบการเมืองเสรีประชาธิปไตยและระบอบทรัพย์สินส่วนบุคคลหรือกรรมสิทธิ์เอกชนอันเป็นหัวใจของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม ซึ่งเติบโตต่อมาแต่ก็ถูกทำลายและวิพากษ์จากนักคิดสายสังคมนิยมซึ่งเห็นว่าสิทธิปัจเจกชนและระบอบทรัพย์สินส่วนบุคคลเป็นที่มาของความเสื่อมทรามทางศีลธรรม เป็นที่มาของการขูดรีดทางชนชั้นและลดทอนศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ด้วยเหตุผลเช่นนี้แล้วจึงควรให้ความสนใจแก่ประเด็นเรื่องของ สิทธิรวมหมู่ (Collective Right) และแทนที่จะมีเพียงสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองต้องมี “สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมวัฒนธรรม” ด้วย³⁸

³⁶Rhy Manley, “Developmental Perspectives on the TRIPS and Tradition Knowledge Debate,” *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law* 3 (2006): 113, 121.

³⁷ปวริศร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดิม, หน้า 59.

³⁸สำนักเลขาธิการผู้แทนราษฎร, *สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร: สำนักประชาสัมพันธ์, 2555), หน้า 20.

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า สิทธิชุมชนนั้นมีรากฐานมาจากสิทธิตามธรรมชาติ และสิทธิมนุษยชน และมีการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) อีกทั้งมีลักษณะของสิทธิรวมหมู่ (Collective Right) ซึ่งเป็นที่มาของกระแสการรับรองการรวมตัวกันเป็นชุมชน การคุ้มครองสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในประเทศต่างๆ ทั่วโลกด้วยเหตุผลข้างต้นนั่นเอง นำมาสู่ความพยายามที่สำเร็จเป็นรูปธรรมในปี พ.ศ.2491 เมื่อสหประชาชาติประกาศ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” จึงต้องประกาศกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) หรือ ICCPR ควบคู่ไปกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights) หรือ ICESCR เพื่อให้เกิดการบังคับใช้และการให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิ ดังนั้นกฎหมายสองฉบับข้างต้นนี้ จึงนับว่าเป็นกฎหมายที่ถือเป็นสัญลักษณ์ของการเปิดพรมแดนสู่มิติในประเด็นเรื่องของสิทธิ โดยเป็นเรื่องของการให้ความสำคัญเรื่องของสิทธิที่มีความหลากหลาย ความเท่าเทียม การมีส่วนร่วมของประชาชน อันเป็นก้าวที่สำคัญที่ส่งผลให้เกิดความสนใจในประเด็นเรื่อง “สิทธิชุมชน” อย่างจริงจังมาจนถึงปัจจุบัน³⁹

4. การรับรองสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

สิทธิชุมชนในประเทศไทยเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นตั้งแต่ดั้งเดิมคู่กับวัฒนธรรมชุมชน วัฒนธรรมสังคมมานาน กล่าวสำหรับประเทศไทย จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยได้มีการยอมรับแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนเอาไว้อย่างเป็นรูปธรรม โดยปรากฏในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาจนถึงในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน นักวิชาการฝ่ายที่อาจเรียกได้ว่าเป็นฝ่าย “กระแสชุมชนนิยม” ได้ให้ความเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญจะถูกเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรก็ตาม การปฏิเสธและไม่รับรองสิทธิชุมชนนั้นถือว่าการลดทอนสิทธิที่ชุมชนที่เคยมีมาตามกฎหมายจารีตประเพณี กฎหมายภายในของประเทศไทยจึงควรที่จะรับรองแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนเอาไว้ให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมเพื่อส่งผลให้เกิดเป็นความสำเร็จคือ ความเข้มแข็งของชุมชนดังที่ปรากฏตัวอย่างความสำเร็จของชุมชนในหลายๆ ประเทศ⁴⁰

³⁹ สำนักเลขาธิการผู้แทนราษฎร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 19-20.

⁴⁰ กอบกุล ราชะนาคร, เรื่องเดิม, หน้า 61.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน ปรากฏมาตราที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิชุมชนและสิทธิของประชาชนในการจัดการสิ่งแวดล้อมบัญญัติไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หมวด 3 มาตรา 25 มาตรา 41 และมาตรา 43 และในหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ มาตรา 51 มาตรา 57 และมาตรา 58 ซึ่งกำหนดให้รัฐอนุรักษ์ คุ้มครอง ปันฟู และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยให้ชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วม ให้รัฐต้องดำเนินการให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment: EIA) หรือทำการประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ (Environmental Health Impact Assessment: EHIA) และรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนดำเนินโครงการต่างๆ และในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 72

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลในอดีตในประเด็นเรื่องสิทธิชุมชน จะพบว่า มีปัญหาของการยอมรับสิทธิชุมชน และปัญหาเรื่องของการบังคับใช้สิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติในสังคมไทย เช่น ตัวอย่างคดีเกาะมาหย้า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5818/2549 แต่ในภายหลังพบว่า ทิศทางของประเด็นแนวคำพิพากษาของศาลได้เปลี่ยนมารับรองเรื่องสิทธิชุมชนและในการวางหลักในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 ที่พิพากษาว่า ตามหลักการของกฎหมายสากลและโดยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญย่อมต้องการใช้สิทธิเสรีภาพที่มีการรับรองเอาไว้แล้ว สามารถบังคับใช้ได้โดยทันที ไม่จำเป็นต้องรอกฎหมายลำดับรองออกมาแต่อย่างใด เป็นคำพิพากษาที่มีความชัดเจน อีกทั้งยังมีความสำคัญต่อประเด็นเรื่องสิทธิเสรีภาพและเรื่องสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างยิ่ง คำพิพากษานี้ได้ถูกนำไปเป็นหลักที่ใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในหลายคดีที่มีการตัดสินในภายหลัง โดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 สอดคล้องกับหลักการที่ว่าสภาพบังคับของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เรื่องของสิทธิด้านสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะเรื่องของสิทธิชุมชนนั้นจำเป็นต้องมีการบังคับแบบอัตโนมัติ (Automatic Protection) หรือที่นักกฎหมายเรียกว่า สภาพบังคับอัตโนมัติ (Self-Executing)

5. ความเปลี่ยนแปลงของสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ผู้เขียนขอเสนอประเด็นจากการศึกษาค้นคว้าโดยการนำรัฐธรรมนูญฉบับ พุทธศักราช 2560 ศึกษาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พบว่า สิทธิในสิ่งแวดล้อมรวมถึงประเด็นสิทธิชุมชนมีความเปลี่ยนแปลงในบางประการ ดังต่อไปนี้

5.1 สิทธิของชุมชนในการอนุรักษ์ฟื้นฟูและมีส่วนร่วมในการจัดการการบำรุงรักษาและ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อมรวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่าง สมดุล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่ง รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมาย บัญญัติ”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 66 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่ง รวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติและมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมรวมทั้งความหลากหลาย ทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43 บัญญัติว่า “บุคคลและ ชุมชนย่อมมีสิทธิ (1) อนุรักษ์ ฟื้นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีต ประเพณีอันดีงามทั้งของท้องถิ่นและของชาติ (2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมาย บัญญัติ (3) เข้าชื่อกันเพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐให้ดำเนินการใดอันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชน หรือชุมชน หรือถ่วงดุลการดำเนินการใดอันจะกระทบต่อความเป็นอยู่อย่างสงบสุขของประชาชนหรือ ชุมชนและได้รับแจ้งผลการพิจารณาโดยรวดเร็ว ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาข้อเสนอแนะนั้น โดยให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วยตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

อีกทั้งมีความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญคือ การเพิ่มประเด็นเรื่องหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 57 บัญญัติว่า “รัฐต้อง (1) อนุรักษ์ ฟื้นฟู และส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีอันดีงามของท้องถิ่นและของชาติ และจัดให้มีพื้นที่สาธารณะสำหรับกิจกรรมที่ เกี่ยวข้อง รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชน ชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้ใช้ สิทธิและมีส่วนร่วมในการดำเนินการด้วย (2) อนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ฟื้นฟู บริหารจัดการ และ ใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทาง ชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน โดยต้องให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง มีส่วนร่วมดำเนินการและได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวด้วยตามที่กฎหมายบัญญัติ”

5.2 สิทธิของบุคคลและชุมชนในการมีส่วนร่วมในสิ่งแวดล้อม

การศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีการกล่าวถึงสิทธิที่ประชาชนจะมีตามมาตรา 43 และยังกำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 57 และ 58 ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องทำรายงานผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ อีกทั้งมีการกล่าวถึงประเด็นการรับฟังความเห็นของประชาชนก่อนดำเนินโครงการต่างๆ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติเรื่องสิทธิชุมชนไว้ใน มาตรา 56⁴¹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้ในมาตรา 67⁴² โดยพิจารณาจะพบว่า มาตรา 67 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลให้มีสิทธิอนุรักษ์หรือรักษา และได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อีกทั้งรับรองสิทธิของชุมชนในการที่สามารถจะฟ้องภาครัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัตินี้ ซึ่งลักษณะการบัญญัติเป็นไปตามที่เคยมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ทำการตัดประเด็นเรื่อง “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกไปเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่รัฐธรรมนูญ 2540 เคยเผชิญให้หมดไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เมื่อพิจารณาตัวบทบัญญัติจะพบความเปลี่ยนแปลงกล่าวคือ ไม่ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนหรือบัญญัติรับรองสิทธิในการฟ้องร้องรัฐตามที่เคยรับรองในรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับข้างต้น โดยปรากฏการรับรองตามมาตรา 43 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ (2) จัดการ อนุรักษ์ และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งเมื่อพิจารณาตัวบทข้างต้นจะพบว่า มีลักษณะการบัญญัติที่นำเอาเงื่อนไข “ตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” กลับมาใช้อีกครั้งโดยจากการศึกษาผู้เขียนพบว่าการตีความเพื่อให้สิทธิชุมชนสามารถใช้บังคับได้นั้น ต้องตีความว่าการกำหนดเงื่อนไขให้มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเนื้อหาแห่งสิทธิเพื่อรับรองสิทธิชุมชนดังที่ได้ระบุไว้ “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เป็นการกำหนดไว้เพื่อการใช้สิทธิเรียกร้องของบุคคลให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของชุมชนต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิ⁴³

⁴¹ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, หน้า, 12.

⁴²ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550, หน้า 16.

⁴³ภาคภูมิ ศิลารัตน์, ปัญหาในการรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชน [Online], available URL: http://elibrary.constitutionalcourt.or.th/.../Individual_Study_234.pdf, 2561 (ธันวาคม, 8).

5.3 สิทธิของบุคคลและชุมชนในการแสดงความเห็น

จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้รับรองสิทธิแสดงความคิดเห็นของบุคคลต่อการดำเนินโครงการต่างๆ ของรัฐไว้ในรูปแบบอย่างที่เคยมีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับที่ใช้บังคับก่อนหน้านี้ แต่เปลี่ยนเป็นการบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงในรายละเอียดกล่าวคือ บัญญัติโดยกำหนดเงื่อนไขของ “การเข้าชื่อกัน” เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานและเพิ่มให้หน่วยงานนั้นมีหน้าที่ต้องพิจารณาข้อเสนอที่เกิดจากการเข้าชื่อกันของประชาชนกล่าวคือ การใช้สิทธิ ในการแสดงความคิดเห็นต่อโครงการต่างๆ จะเปลี่ยนจากการแสดงความคิดเห็นโดยบุคคลคนเดียวไปเป็นการเข้าชื่อโดยมีเงื่อนไข ซึ่งไม่มีเงื่อนไขระบุไว้ชัดเจนว่าจะต้องมีจำนวนกี่คนปรากฏตามมาตรา 43 (3)⁴⁴ อีกทั้งพบว่า มีประเด็นของบัญญัติมาตรา 58⁴⁵ หน้าที่ของรัฐ เมื่อพิจารณาจะพบว่า เป็นการเปลี่ยนจากสิทธิชุมชนตามมาตรา 67 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐแทน มาตรา 58 โดยบัญญัติกำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐในเรื่องของการจัดทำโครงการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและจัดการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียก่อนดำเนินโครงการที่อาจกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง

5.4 เรื่องขององค์การอิสระทางด้านสิ่งแวดล้อม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 67⁴⁶ กำหนดการดำเนินการโครงการใดๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะต้องผ่านกระบวนการ 3 ขั้นตอนกล่าวคือ ขั้นตอนของการจัดทำรายงานผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ขั้นตอนที่ 2 ผ่านการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และขั้นตอนที่ 3 การให้ความเห็นขององค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตัดประเด็นเรื่ององค์การอิสระทางด้านสิ่งแวดล้อมออกไปโดยองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมถูกยกเลิกตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ยกเลิกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการประสานงานการให้ความเห็นขององค์การอิสระในโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง พ.ศ.2553 พ.ศ.2560⁴⁷ ทำให้กระบวนการ

⁴⁴ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 (กรุงเทพมหานคร: กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560), หน้า 11.

⁴⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

⁴⁶ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550, หน้า17.

⁴⁷“ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ยกเลิกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการประสานงานการให้ความเห็นขององค์การอิสระ ในโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง พ.ศ.2553 พ.ศ.2560,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 134 ตอนพิเศษ 281 ง (17 พฤศจิกายน 2560): 3.

ก่อนการดำเนินโครงการใดๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะเหลื่อมผ่านกระบวนการสองขั้นตอนเท่านั้น

5.5 เรื่องแนวนโยบายแห่งรัฐเกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวดที่ 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ภายใต้อนุมัติมาตรา 85⁴⁸ กล่าวถึง แนวนโยบายด้านที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีการกำหนดนโยบายแห่งรัฐ เกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อม โดยจากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 72⁴⁹ ได้กำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐเกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อมในประเด็นเกี่ยวกับที่ดิน ทรัพยากรน้ำและพลังงาน ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบมาตราทั้งสองจะพบว่า จุดร่วมของแนวคิดทั้งสองมาตราข้างต้น คือ ทั้งสองมาตราต่างมีประเด็นเรื่องของการวางแผนนโยบายของรัฐในเรื่องที่ดิน การวางผังเมือง และการจัดสรรทรัพยากรน้ำไว้คล้ายกัน โดยจุดที่แตกต่างคือ มาตรา 85 (5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวถึงประเด็นการส่งเสริม บำรุงรักษา และคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนตลอดจนควบคุมและกำจัดภาวะมลพิษ และยังกล่าวถึงเรื่องของการต้องเปิดโอกาสให้ประชาชน ชุมชนท้องถิ่น และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางการดำเนินงาน มาตรา 85 (5) ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า มีการรับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชนเอาไว้ในแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐ ผลคือ ทำให้ในการดำเนินนโยบายของรัฐต้องคำนึงถึงประเด็นของการมีส่วนร่วมของประชาชน ชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย ส่วนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐ เกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อม ในมาตรา 72 (5) ที่กล่าวถึงเรื่องของการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงานและการใช้พลังงานอย่างคุ้มค่ารวมทั้งพัฒนาและสนับสนุนให้มีการผลิตและการใช้พลังงานทางเลือก แต่หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 72 (5) จะพบว่า ไม่ได้มีการกล่าวถึงหรือรับรองเรื่องของการมีส่วนร่วมของประชาชน ชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแนวนโยบายแห่งรัฐเรื่องของการจัดการสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด แต่เปลี่ยนไปบัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 43 วรรคท้าย⁵⁰ ที่ว่าการใช้สิทธิของบุคคลและชุมชน ให้หมายความรวมถึงสิทธิที่จะร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐในการดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 43

⁴⁸ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550, หน้า 23.

⁴⁹ไทย. รัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560, หน้า 18.

⁵⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

6. แนวทางการแก้ไขปัญหาการใช้บังคับสิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติในเรื่องของการรับรองสิทธิชุมชนในลักษณะที่ก้าวหน้า และจากการศึกษาพบว่า แนวคำพิพากษาของศาลได้รับรองสิทธิชุมชน เป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรงต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและมีผลบังคับใช้ในทันที อีกทั้งมีลักษณะหลายประการที่สอดคล้องกับหลักการและทฤษฎีในกฎหมายสิ่งแวดล้อม แต่อย่างไรก็ตามภายใต้การเปลี่ยนแปลงของพัฒนาการของสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญก็มีนักวิชาการได้นำเสนอความคิดว่า ปัญหาของสิทธิชุมชนที่ไม่สามารถเกิดขึ้นในทางความเป็นจริงนั้น เกิดจากปัญหาหลายอย่างประกอบกัน ได้แก่ ปัญหาเรื่องของความชัดเจนของเนื้อหาแห่งสิทธิชุมชนที่ขาดรายละเอียดรับรอง ปัญหาความเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชน และปัญหาการบังคับใช้สิทธิด้านสิ่งแวดล้อม สิทธิชุมชน โดยองค์กรที่มีอำนาจในการบังคับใช้ปัญหาเรื่องของการตีความโดยองค์กรศาล ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายเอง ซึ่งพบว่าเป็นปัญหาในการบังคับใช้สิทธิชุมชนในช่วงระยะแรกของการพัฒนาสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ⁵¹ เช่น ตัวอย่างของปัญหาที่แสดงออกถึงปัญหาเกี่ยวกับองค์กรที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อบังคับสิทธิในเรื่องสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมที่รัฐธรรมนูญรับรอง ในเรื่องของเขตอำนาจศาลปรากฏอยู่ในกรณีของคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1025/2556⁵² ซึ่งโดยสรุปแล้วเป็นกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามมาตรา 56 และมาตรา 67 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญ และตัวอย่างของคดีในศาลยุติธรรมที่ 2223/2550⁵³

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนในระดับหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็ปรากฏความเปลี่ยนแปลงในเรื่องการรับรองสิทธิชุมชน โดยเปลี่ยนแปลงประเด็นสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ประเด็นการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อม โดยการเปลี่ยนสิทธิชุมชนไปเป็นเรื่องหน้าที่ของรัฐถือเป็นการเปลี่ยนแปลงที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะของสิทธิชุมชนซึ่งมีพื้นฐานมาจากกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายสิทธิมนุษยชนและเป็นเรื่องของการใช้สิทธิแบบรวมหมู่ และยังเป็นแนวคิดที่ล้าหลังเพราะใช้วิธีการจัดการทรัพยากรที่กำหนดให้รัฐเป็นผู้มีหน้าที่จัดการสิ่งแวดล้อม กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงสิทธิชุมชนไปเป็นเรื่องหน้าที่ของรัฐย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการและทฤษฎีกฎหมายสิ่งแวดล้อม และสถานการณ์ความตื่นตัวทางด้านสิ่งแวดล้อมในสังคมโลกที่เน้นเรื่องสิทธิชุมชนและสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชน

⁵¹ ปาวิศร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดิม, หน้า 210.

⁵² นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำพิพากษาศาลปกครองกรณีการบริหารจัดการน้ำ [Online], available URL: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1867>, 2560 (ตุลาคม, 11).

⁵³ EN Law, รวมคำพิพากษาและคำสั่งศาลในคดีด้านสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติที่น่าสนใจ [Online], available URL: http://enlawfoundation.org/newweb/?page_id=860, 2560 (ตุลาคม, 11).

การที่จะพัฒนาแนวคิดของการรับรองสิทธิชุมชนในประเทศไทยควรจะได้รับผลกระทบทั้งในเชิงนโยบายและเชิงปฏิบัติ ควรมีการผลักดันให้ชุมชนเข้ามามีบทบาทที่มากขึ้นในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ โดยจากการศึกษาพบว่า ในบริบทสภาพแวดล้อมระหว่างประเทศพบว่าสนธิสัญญาหลายฉบับมีการรับรองต่อสิทธิชุมชน โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกจึงเกิดพันธกรณีในการที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงเพื่อให้สิทธิชุมชนเกิดขึ้นได้จริง ปรากฏตัวอย่างการรับรองในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ.1966 ในปฏิญญาโรอัวว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ.1992 และอนุสัญญาว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมสาธารณะในการตัดสินใจ และการเข้าถึงความยุติธรรมในคดีสิ่งแวดล้อมหรืออนุสัญญาอาร์ฮุส ที่มีเนื้อหาในการรับรองประเด็นการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม โดยวางหลักการ การสนับสนุนให้มีการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อม (Access to Environmental Information) การสนับสนุนให้ประชาชนหรือสาธารณชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจกรณีอันอาจเกิดผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมต่อประชาชน (Public Participation in Decision-making) และการเข้าถึงความยุติธรรมในคดีและข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อม (Access to Justice in Environmental Matters) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่หากในอนาคตประเทศไทยเข้าเป็นภาคีย่อมจะส่งเสริมสิทธิชุมชนของไทยให้เกิดการพัฒนามากยิ่งขึ้น

การศึกษาวิเคราะห์ชุมชนการมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการอนุรักษ์ฟื้นฟูและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชนภายใต้การรับรองสิทธิชุมชนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ในประการดังต่อไปนี้

ประการแรก ประเด็นการปฏิรูปนโยบายและกฎหมาย (Policy and Legal Reform) การแก้ปัญหาเพื่อให้เกิดความสมดุลและยั่งยืนในประเด็นเรื่องทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมรวมถึงความหลากหลายทางชีวภาพได้ ดังนั้นประเด็นการสร้างดุลยภาพหรือแนวทางเพื่อบริหารจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรโดยชุมชนจึงเป็นประเด็นที่สำคัญ ซึ่งผลจากการศึกษาสรุปได้ว่า การเปิดโอกาสให้ประชาชนและชุมชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมกับภาครัฐทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น จะทำให้เกิดผลในทิศทางที่ดีขึ้น กล่าวคือ การบริหารจัดการทรัพยากรมีลักษณะที่ยั่งยืนซึ่งเป็นแนวคิดที่เรียกว่า การจัดการทรัพยากรโดยชุมชนตามแนวคิดของ Elinor Ostrom ซึ่งเป็นหลักการที่สากลให้การยอมรับและยึดถือร่วมกัน

การแก้ปัญหาในทางปฏิบัติ ตัวอย่างที่เสนอคือ การกำหนดรายการบัญชีกฎหมายที่ต้องจัดทำให้เสร็จ โดยให้หน่วยงานหลักที่มีหน้าที่รับผิดชอบคือ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ในการที่มีหน้าที่พิจารณาและทบทวนการออกกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดของสิทธิชุมชนเพื่อให้การใช้บังคับสิทธิชุมชนซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับรองให้เกิดความสมบูรณ์ และการปรับปรุงแก้ไข

กฎหมายต่างๆ ที่ไม่สอดคล้องกับสิทธิชุมชนที่มีการรับรองตามรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันมีการผลักดันและออกกฎหมายที่ส่งเสริมต่อสิทธิชุมชนคือ การตรากฎหมายเรื่องสิทธิชุมชน ในร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. ซึ่งมีรายละเอียดที่ชัดเจนในเรื่องการออกหลักเกณฑ์มาอธิบายและการจำแนกประเภทของชุมชน บทนิยามของคำชุมชน สถานะของชุมชน ตลอดจนกระบวนการแก้ปัญหาความขัดแย้งของการใช้สิทธิชุมชน กำหนดรายละเอียดของเรื่องกลไกการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทไว้ซึ่งจะช่วยให้การใช้สิทธิชุมชนเกิดความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการผลักดันให้กฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นจริงเพื่อเป็นการพัฒนาสิทธิชุมชนของไทย

ประการที่สอง การมีส่วนร่วมในกระบวนการนโยบายสาธารณะและกฎหมาย ประเด็นการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อม ตัวอย่างการแก้ไขปัญหาเรื่องการขาดการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนในการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 แนวทางแก้ที่ผู้เขียนนำเสนอคือ การที่เพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชน ตั้งแต่การริเริ่มโครงการ จนถึงขั้นตอนตรวจสอบ เช่น ในขั้นตอนการริเริ่มโครงการ ควรจัดให้มีการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อมโดยให้ชุมชนและประชาชนเข้ามาในกระบวนการรับฟังความคิดเห็น การจัดเสวนา (Deliberative) ที่มีเป้าหมายเพื่อช่วยให้ชุมชน และสมาชิกในชุมชนเกิดการแลกเปลี่ยนข่าวสาร ความคิดเห็นที่จะนำไปสู่การสร้างข้อตกลงร่วมกัน โดยควรมีการนำความคิดเห็นมาจัดทำเป็นฐานข้อมูลเพื่อนำไปประกอบการตัดสินใจของหน่วยงานด้วย ส่วนในขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและประเมินผลอาจเน้นการมีส่วนร่วมของชุมชน โดยการเพิ่มกลไกการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชนในการติดตามตรวจสอบ รวมทั้งการเพิ่มการเข้าถึงและตรวจสอบได้ของข้อมูลในกระบวนการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม การเปิดเผยรายงานผลการติดตามตรวจสอบ เพื่อให้ประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบได้โดยการที่ภาครัฐควรนำหลักการ การเปิดเผยข้อมูลสู่สาธารณะ (Public Disclosure) เพื่อสนับสนุนให้เอกชนและประชาชนผู้มีส่วนได้เสียเข้ามามีส่วนร่วมในการเฝ้าดูแล ระวัง ติดตามตรวจสอบผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและในปัจจุบันมีการผลักดันร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. (ฉบับรับฟังความคิดเห็น) ซึ่งจัดทำโดย สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย⁵⁴ ที่มีวัตถุประสงค์คือ เพื่อเป็นการพัฒนาสิทธิชุมชนของไทยและเพื่อให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ อีกทั้งปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการส่งเสริมการใช้สิทธิของชุมชนตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างเหมาะสม เนื้อหาของร่างกฎหมายฉบับนี้มีประเด็นที่มีความน่าสนใจอย่างยิ่ง โดยร่างกฎหมายฉบับนี้แบ่งออกเป็น หมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 สิทธิชุมชน หมวด 3 การคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิชุมชน หมวด 4 การไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาท หมวด 5 คณะกรรมการวินิจฉัยสิทธิชุมชน ซึ่งประเด็นเหล่านี้หากมีกฎหมายที่ออกมา

⁵⁴ คณะกรรมการดำเนินการปฏิรูปกฎหมายในระยะเร่งด่วน, เรื่องเดิม.

กำหนดรายละเอียดแล้วย่อมทำให้ความเป็นนามธรรมของสิทธิชุมชนลดลง และเป็นประโยชน์ต่อประชาชนในการใช้สิทธิชุมชน

ประการที่สาม สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อม ผู้เขียนเสนอว่า ควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับการรับรองสิทธิการได้รับข้อมูลและข่าวสาร ซึ่งรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ ควรดำเนินการเพิ่มเติมหมวดการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อมเข้าไว้ เพื่อรองรับสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งรายละเอียดของบทบัญญัติควรจะบัญญัติในลักษณะที่สอดคล้องกับกฎหมายสามฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมสาธารณะในการตัดสินใจและการเข้าถึงความยุติธรรมในคดีสิ่งแวดล้อม ค.ศ.1998 หรืออนุสัญญาอาร์ฮูส ข้อกำหนดแห่งรัฐสภายุโรปและคณะมนตรีว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อมโดยสาธารณชน และกฎหมายข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อมและเป็นการกำหนดรายละเอียดของการใช้สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารด้านสิ่งแวดล้อมไว้และเป็นที่ยอมรับในระดับสากล

ประการที่สี่ ประเด็นเรื่องการพัฒนาและส่งเสริมความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนและชุมชน โดยเสนอให้มีการจัดทำเรื่องแผนยุทธศาสตร์ว่าด้วยสิทธิชุมชน ซึ่งกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกรอบทิศทางการดำเนินงานที่มีลักษณะ คือ ประการแรก โดยการบูรณาการหน่วยงานภาครัฐในทุกระดับให้มีบทบาทและภารกิจความรับผิดชอบที่มีความชัดเจน เช่น การกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐมีภารกิจในการตรวจสอบกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตนว่ามีความสอดคล้องกับสิทธิชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองหรือไม่ และทำการแก้ไขหากปรากฏความไม่สอดคล้อง เป็นต้น ประการที่สองคือ การสร้างขีดความสามารถ (Capacity-Building) การสร้างขีดความสามารถถือเป็นประเด็นที่ควรได้รับความสำคัญ การเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนและชุมชนในการสร้างความรู้ความเข้าใจและตระหนักรู้ในสิทธิชุมชน เพราะชุมชนที่มีความสามารถเท่านั้นที่จะสามารถสร้างข้อตกลง ออกกฎระเบียบ และบริหารจัดการทรัพยากรที่ดินได้อย่างมีประสิทธิภาพ จากการศึกษาพบว่า แนวความคิดเรื่องการบริหารจัดการทรัพยากรที่ยั่งยืนจะปรากฏแนวคิดในการพัฒนาคุณภาพของคนในชุมชนเสมอ ต้องมุ่งเน้นว่าสิทธิชุมชนมีความสำคัญ ส่งเสริมเรื่องการสร้างการทำความเข้าใจต่อสาธารณะเกี่ยวกับสิ่งที่เรียกว่า “สิทธิในสิ่งแวดล้อม” โดยการที่ต้องพยายามที่จะส่งเสริมสนับสนุนรากฐานของสิทธิในสิ่งแวดล้อมในหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญต่อสังคมไทย การสร้างขีดความสามารถ (Capacity-Building) ถือเป็นประเด็นที่ควรได้รับความสำคัญ การเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนและชุมชนในการสร้างความรู้ความเข้าใจและตระหนักรู้ในสิทธิชุมชน เพราะชุมชนที่มีความสามารถเท่านั้นที่จะสามารถ

สร้างข้อตกลง ออกกฎระเบียบ และบริหารจัดการทรัพยากรที่ดินมีได้อย่างมีประสิทธิภาพจากการศึกษาพบว่า แนวความคิดเรื่องการบริหารจัดการทรัพยากรที่ยั่งยืนจะปรากฏแนวคิดในการพัฒนาคุณภาพของคนในชุมชนเสมอ เพื่อเน้นที่จะส่งเสริมให้สิทธิชุมชนเกิดขึ้นได้จริง โดยวิธีการในการจะสร้างขีดความสามารถนี้ คงเป็นการที่ต้องพยายามที่จะทำให้เกิดผลความเข้าใจต่อเรื่องสิทธิชุมชน ต้องมุ่งเน้นว่าสิทธิชุมชนมีความสำคัญ ส่งเสริมเรื่องการสร้างการทำความเข้าใจต่อสาธารณะเกี่ยวกับสิ่งที่เรียกว่า “สิทธิในสิ่งแวดล้อม” โดยการที่ต้องพยายามที่จะส่งเสริมสนับสนุนรากฐานของสิทธิในสิ่งแวดล้อมในหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญต่อสังคมไทย

ในประเด็นเรื่องการสร้างขีดความสามารถให้กับชุมชนในการสร้างความเข้มแข็งโดยวิธีการคือการสร้างความตระหนักร่วมกัน การจัดฝึกอบรมทางวิชาการ และการช่วยชุมชนในการวางแผนจัดทำงบประมาณ การวางแผนและการจัดการ เป็นต้น โดยขอตัวอย่างของการดำเนินการในการส่งเสริมสิทธิชุมชน เช่น การสร้างขีดความสามารถ ภาครัฐควรจัดอบรมอาสาสมัครชุมชนเพื่อเรียนรู้และสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะเฉพาะทางเทคนิคได้ เช่น การจัดทำผังเมือง การประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ งบประมาณและการบริหารจัดการกองทุนพิชภัยจากสารเคมีที่ใช้ในอุตสาหกรรม เป็นต้น การจัดเสวนา เพื่อให้เกิดการพูดคุยกันระหว่างภาคส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อหาแนวทางในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน การจัดอบรมและเสวนาที่ว่านี้ควรดำเนินการควบคู่ไปกับการประชาสัมพันธ์ผ่านช่องทางอื่นที่หลากหลาย เช่น แหล่งประชาสัมพันธ์ของชุมชน สถานศึกษา รายการโทรทัศน์ วิทยุชุมชน ฯลฯ วิธีการดังกล่าวจะนำมาซึ่งผลดีคือ การที่ทำให้เกิดการสร้างความเชื่อมั่นให้กับชุมชน เพื่อสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมและใช้สิทธิในการจัดการสิ่งแวดล้อมของชุมชนได้อย่างมั่นใจ และหน่วยงานของรัฐเองก็จะมีการยอมรับชุมชนมากขึ้น ดังนั้นการส่งเสริมและให้ความรู้ความเข้าใจที่แท้จริงในเรื่องสิทธิชุมชนแก่ประชาชนโดยทั่วไปถึงบทบาทความสำคัญและประเด็นของเรื่องสิทธิในสิ่งแวดล้อมนั้น ต้องได้รับการเคารพและปกป้องคุ้มครองโดยไม่ขาดตอน เพราะสิทธิในสิ่งแวดล้อมนี้เองจะเป็นตัวแปรสำคัญในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือคุ้มครองวิถีการดำเนินชีวิตของมนุษย์และทรัพยากรธรรมชาติให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างสมดุลและยั่งยืน

7. บทสรุป

ผู้เขียนเห็นว่าการจัดการทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไทยควรส่งเสริมการให้ประชาชนและชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการ อีกทั้งควรทำการผลักดันสิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นในทางความเป็นจริง โดยควรมีกฎทางกฎหมายกำหนดรายละเอียดแห่งสิทธิ กล่าวคือ การผลักดันกฎหมายที่มีเนื้อหาในการรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติเพื่อเป็นการพัฒนาสิทธิชุมชนของไทยและเพื่อให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ อีกทั้ง

ปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการส่งเสริมการใช้สิทธิของชุมชนตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างเหมาะสม และเพื่อเป็นกฎหมายกลางกำหนดกลไก หลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิ ตลอดจนกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการส่งเสริม สนับสนุนและคุ้มครองสิทธิชุมชนให้ชัดเจน

ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดรายละเอียดของการรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชน โดยพยายามผลักดันกฎหมายว่าด้วยสิทธิชุมชนคือ ร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. ให้ออกมาเป็นกฎหมาย เนื่องจากร่างกฎหมายนี้จะกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนของสิทธิชุมชน เช่น หลักเกณฑ์มาอธิบายและการจำแนกประเภทของชุมชน บทนิยามของชุมชน สถานะของชุมชน ตลอดจนกระบวนการแก้ปัญหาความขัดแย้งของการใช้สิทธิชุมชน กำหนดรายละเอียดเรื่องกลไกการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทไว้ เป็นต้น ร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. จะช่วยทำให้เกิดความชัดเจนของสิทธิชุมชนอันจะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติของประเทศให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อเปิดโอกาสให้ชุมชน สามารถที่จะมีส่วนร่วมในการจัดการ บำรุงรักษา และ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรผลักดันให้ ร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. ให้ออกมาเป็นกฎหมายให้สำเร็จเพื่อให้การใช้สิทธิชุมชนเกิดผลที่เป็นรูปธรรมเพื่อทำให้สิทธิชุมชนซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองให้เกิดผลในทางข้อเท็จจริงเพื่อการที่จะไปสู่เป้าหมายการสร้างความเป็นธรรมในการจัดการทรัพยากรและเพื่อประโยชน์ในการการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ และหากความพยายามครั้งนี้สำเร็จย่อมเป็นหนทางหนึ่งในการแก้ปัญหาเรื่องของความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ประเทศไทยนั้นได้เผชิญมาอย่างยาวนานให้จบสิ้นลง

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. **สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.
- กอบกุล รายนาค. **พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน**. เชียงใหม่: สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549.
- จรัญ โฆษณานันท์. **สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ข้อสังเกตเชิงกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ: สิทธิชุมชนการกระจายอำนาจการจัดการทรัพยากร**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536.
- พงษ์สวัสดิ์ อักษรสวาท. “สิทธิการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2550.
- _____. “สิทธิชุมชนบนฐานทรัพยากรธรรมชาติ : ศึกษาในกรณีจังหวัดตาก.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2558.
- สุนทรียา เหมือนพะวงศ์. **กระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมไทย: เส้นทางยังอีกไกลกว่าจะไปถึงฝัน**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและพัฒนาสังคม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2553.
- เสน่ห์จามริก. **สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2549.
- เสน่ห์ จามริก และยศ สันตสมบัติ. “เสน่ห์จามริกและยศสันตสมบัติ.” ในการประชุมสัมมนาเรื่อง ปาชุมชนในประเทศไทยแนวทางการพัฒนาสถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา. นนทบุรี: สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน (กพ.), 2545.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. **นิติสังคมศาสตร์ ฉบับ Legal pluralism พรมแดนความรู้ใหม่นิติศาสตร์ไทย**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548.
- อานันท์ กาญจนพันธุ์. **ฐานทรัพยากรในฐานะทุนชีวิตกับการจัดการแบบมีส่วนร่วมในฐานทรัพยากร... ทุนชีวิตของสังคมไทย**. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2556.
- Elinor Ostrom. **Governing the commons: The Evolution of Institutions for Collective Action**. Cambridge. UK: Cambridge University Press, 1990.
- Kravchenko, S & Bonnie, J. **Human rights and the environment**. North Carolina: Carolina Academic Press, 2008.
- Leonard, L. & Kenny, P. **Sustainable Justice and the Community**. Bingley, UK: Emerald Group, 2010.

Problems Concerning Advantage of Seller under Sale of Goods Contract

Pich Wittayarat

Problems Concerning Advantage of Seller under Sale of Goods Contract^{*}

Pich Wittayarat^{**}

Abstract

In sale of goods contracts, Thai law seems to give the advantage to the seller and so the buyer is not sufficiently protected from damages.

As such, in this investigation, the researcher aims to suggest how provisions in the sale of goods law can be amended such that both parties are treated fairly. Accordingly, we find several problems in the Civil and Commercial Code of Thailand (CCC), problems which can be solved by amending the CCC.

Firstly, problems regarding transfer of ownership and risk occur because the parties do not explicitly express their intentions. Even so, the law will assume that the parties have expressed their intentions to enter into the transfer of ownership of the goods. It is of no concern to the CCC whether or not said seller has the ability to make the goods ready for delivery. By way of contrast, in the United Kingdom (UK), the Sale of Goods Act of the United Kingdom (SGA) requires sellers to perform any action necessary such that the goods are in a deliverable state. Ownership will be transferred when the seller has ensured that the goods are in a deliverable state. Thus, it can be concluded that this UK law appears to contain provisions governing

^{*} This article is a part of dissertation title “Problem Concerning the Advantages of the Seller in Sale of Goods Contract” in LL.D. program of Ramkhamhaeng University.

^{**} Lecturer at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar under the Royal Patronage, LL.M. in International Trade and Commercial Law at Durham University, UK, LL.D. Candidate at Ramkhamhaeng University. E-mail: pichwittayarat@gmail.com.

Received 14 March 2019, Revised 19 April 2019, Accepted 23 April 2019.

the actions of the parties that are reflective of the intent of the parties to enter into the transfer of ownership to a greater extent than is the case with Thai law.

Moreover, if one subscribes to the legal maxim of *res per it domino* (Latin: “the thing perishes for the owner”), risk is transferred at the same time that the ownership of the goods is transferred. This means that the risks are assumed by the buyer even when the goods are still physically in the possession of the seller. This is unfair to buyers. Thai law should adopt the provision of “deliver the goods” as the seller’s primary obligation according to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), i.e., the Vienna Convention effective as of 1 January 1988. In CISG, the risk involving goods shall be transferred upon delivery. Thus, CISG is more objective than a system relying on the subjective expression of intent.

Secondly, considering the problem regarding implicit terms in sales contracts appertaining to the quality of goods, the buyer is insufficiently protected. Thai law has no explicit provisions in sales law concerning quality standards. Thus, in the view of the researcher, Thai law should incorporate provisions similar to what is found in UK law in which the quality of goods as prescribed by law is at higher level of concern than what is found in the CCC.

Consequently, in the view of the researcher, the seller should deliver goods which are of satisfactory quality. The seller has the duty to inform the buyer of the performance purposes of the goods, since it must be required that the user of the goods must be able to execute all the purposes for which goods of its kind can perform in the light of the description and price of the goods. If the goods fail to perform any purpose for which such goods are ordinarily used and the seller had failed to inform the buyer prior to the purchase of this state of affairs, then the seller should be liable for damages.

Therefore, to promote the principle of good faith (Latin: *bonāfidē*), the law should clearly state that the goods must reflect the genuine conditions of their normal use and price. Thus, the seller should be responsible for informing the buyer

as to the purposes for which the goods are suitable and that the goods are reasonably fit for fulfilling said purposes.

Thirdly, in respect to the problems regarding the form taken by the sale of goods contracts and the enforceability of such contracts, Section 456, paragraph 3 requires that claimants have written evidence or have other evidence-such as an earnest having been paid or the delivery of part of goods being sold-to the end of binding a contract. This kind of evidence would be used to prove to the court the acceptability of the claimant's claim. Otherwise, it would seem unjust if a party who has suffered damages had yet acted in good faith and trust and was bound by the word of mouth of the other party when the sale of goods contract was drawn up by the parties to the contract.

In fact, creation of a contract should be based on the principle of freedom of contract, including the freedom to determine the form of the contract. Regardless of the form used by the parties, it should be acknowledged by law. It is noteworthy that this is not a situation requiring interference in order to prevent unfairness, nor is it a case requiring special control by the State. The law should allow the parties to determine the form of contract as they deem appropriate.

Therefore, Thai law should be amended, inasmuch as the submission of a case should not be barred in the absence of written contract or Thai law should take into consideration other kinds of evidence, such as when earnest is given or part performance occurs.

Finally, apropos the problem regarding the form taken when there are unstated prices in sales contracts, interpretation is rather confusing under Thai law. Actually, even if the price had not been agreed upon and yet the court found that the parties wished to bind themselves to the sale contract, the court could rely on gap filling provisions so as to determine the price for the parties. In other words, when we have such cases, a party can prove the intention had been that the contract had been created in the absence of an explicit price. In this situation, the researcher recommends that the legislation should be amended so as to protect the intent of the parties.

Keywords: sale of goods, advantages of the seller, thai commercial law

1. Background of the research topic

Sale is the contract that has come since ancient times. Because of people need something other than their own, the exchange of goods between two people is occurred. However, it is not easy for both parties to have the same thing that each other need. Human have invented a current medium of exchange which call money and call the contract which exchange between thing and money that sale. Since then, sale is the most frequently used contract in the world.¹

In the Thai sale law history which is a part of Civil and Commercial Code (CCC), the draft of CCC was begun since the reign of King Rama V in 1908. However, there are many contents which had to establish in CCC, the draft took more than 20 years to complete in the reign of King Rama VI. The sale law had been stated in book 3 of CCC and enacted since April 1, 1929. The prototype of Thai sale law, which is the drafting committee used, is The Sale of Goods Act 1893 from the United Kingdom.²

However, The Sale of Goods Act 1893 of the UK had been amended several times. The law was reformed in 1979 and presented The Sale of Goods Act 1979 (SGA) which affected the drafting style and some principle such as the definition of implied term and the exceptions to the rule of *nemo dat quod non habet*. After that, SGA had been amended twice in 1994 and 1995.³ While SGA had been changed from the original law which is the prototype of Thai's sale law, CCC (book 3, title 1, chapter 1) which state about sale of immovable property is never be amended in a major issue. This can lead the question that whether sale of goods law in CCC should be revised to apply in currently trade.⁴

¹ Wisanu Kruangam, **Commentary on Civil and Commercial Code: Sale, Exchange, Gift** (Bangkok: Nitibannagarn Publisher, 2001), pp. 7-8.

² Surapol Triwat, **The Work of Codification in Siam** (Bangkok: Winyuchon Publication House, 2007), pp. 82-97.

³ Ibid.

⁴ Kumchai Jongjakapun, "Notice of the Thai Supreme Court's judgment on international sale contract's case," **Dulpaha** 47, 2 (May-August 2543): 55-66.

One of the model laws which has been widely accepted to use in currently trade is Convention on International Sale of Goods (CISG). Although CISG is the law that is applied to the international sale of goods, the standard of the law has been widely accepted in personal commercial way. It will be a good model to analyse the problem in sale of goods law.

However, sale of goods law of Thailand had enacted since April 1, 1929 from the moment that Thailand's trade, is not extensive to requires a special commercial protection. Thus, there are many problems when apply the law to the case in current trading. This research set out four main research problem regarding sale of goods law in Thailand which seem to give advantage to the seller. The problem in the transfer of the ownership and the transfer of risk is related with each other. These two problems will be analysed together. Another three problem is the problem on the implied term about the quality in the goods, the problem on the form of sale of goods contract and enforceability by action and the problem on the unstated price in sale contract.

2. The problem regarding the transfer of the ownership and risk in the sale of goods contract

Ownership is the right over properties or “property right” where the right holder has a full power over such properties and it is the highest right at the maximum degree comparing to other rights.⁵ The individual who has the ownership can exercise the right as he or she prefer including the right to enjoy, dispose, and destruct the properties.⁶

The ownership, which is call the property under the UK law, can be transferred via the juristic acts especially through the sales contract which the seller’s main purpose is the transfer of property to the buyer for the buyer to pay the price in

⁵Seni Pramoj, **Property Law Commentary on Civil and Commercial Code** (Bangkok: Chairiksh Press, 1954), p. 218.

⁶Arnon Mamout, **Ownership** (Bangkok: Thammasat University, 2018), pp. 86-89.

return. Therefore, the transfer of property (ownership) is one of the key components of the sales contract.⁷ However, there is the problem regarding when will the property (ownership) be transferred from the seller to the buyer?

Risks mean the risks occurring to property that is for sales. Such property may incur loss or damage from force majeure or from third party, which is not the fault of the buyer or the seller.⁸ If the goods are damaged while the risk is with the seller, then the seller may not claim for payment from the buyer.⁹ However, if the damage occurs when the risks are with the buyer, the seller is entitled to request the buyer to pay for property price, even though, in fact, the buyer has not received such property yet.¹⁰ One considerably important thing in making sales contract that both parties shall acknowledge is where the risks transfer point from the seller to the buyer is. If the action is not taken to such point, the risks shall be with the seller. If the action is taken to pass the point, the risks will be with the buyer.

The transfer of risks under SGA and CCC uses the same theory, that is “res per it domino”, or “the owner bears the risks”. This means the point of risks transfer from the seller to the buyer is the same point where the ownership being transferred to the buyer.¹¹ Therefore, SGA and CCC will focus on the time of the ownership transfer. If the sales contract is made, but the ownership has not been transferred for no matter what legal reasons, it is deemed that the ownership is still with the

⁷Marco Torsello, “Transfer of ownership and the 1980 Vienna Sales Convention: a regretful la ck of uniform regulation?,” **International Business Law Journal** (2000): 939-951.

⁸F. Enderlein and D. Maskow, **International Sales Law** (Oceana Publications, 1992), p. 261 [Online], available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art66>, 2019 (January, 20).

⁹Fitt v Cassanet (1842) LR 7.

¹⁰Peter Schlechtriem and Petra Butler, **UN Law on International Sales** (Heidelberg: Springer, 2009), pp. 164-165.

¹¹Zoi Valioti, **Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000, (2003)** [Online], available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>, 2019 (January, 20).

seller. When ownership is with the seller, the risks are also with the seller as well. Once the ownership is transferred to the buyer, the risks will be with the buyer as well.

Under the CISG, the “res per it domino” theory is not adopted for risks transfer as under the SGA or CCC, since the CISG does not state when the property (ownership) shall be transferred from the seller to the buyer. However, CISG defines the transfer of risks, which means the risks transfer under CISG is not subject to the transfer of the property (ownership). The legal owner may not be the person incurring risks.

CISG has adopted “hand over the goods” theory, which presents the idea that whom the risks are with depends on whom the goods are with physically.¹² The person owning such goods shall bear the risk from the damages occurred. In this theory, the risk is transferred from the seller to the buyer only if the seller has delivered the goods to the buyer already. Risk transfer point depends on the physical delivery of goods rather than the transfer by considering solely at the intention of both parties.

In Thai law Section 458 of CCC, once the seller and the buyer agree to form the sales contract, the ownership in such goods will be immediately transferred from the seller to the buyer.¹³ However, in Section 459, if there is a condition in the contract in connection to the transfer of ownership, the ownership will not transfer until the condition has been satisfied.¹⁴

In unascertained goods, the process in making the goods to become the ascertained goods is that there must be the selection of goods. However, Thai law specified in Section 198 of CCC that the creditor or the buyer has to be the selector and there is no requirement regarding the consent of seller. Therefore, the ownership

¹²Sylvain Bollée, **The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention**, (1999-2000) pp. 245-290 [Online], available URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>, 2019 (January, 20).

¹³Monticha Pakdeekong, **Civil and Commercial Code: Sale Exchange Gift** (Bangkok: Ramkhamhaeng University Press, 2017), pp. 71-73.

¹⁴Sanankorn Sotthibandhu, **Commentary on Sale Exchange Gift** (Bangkok: Winyuchon Publication House, 2013), pp. 142-146.

will be transferred when there is a selection of goods although there is no consent from the seller.¹⁵

In SGA, the transfer of property (ownership) of the specific goods will occur when the parties enter into the sales contract and the sales contract is unconditional in a deliverable state which means that when the contract is formed, the property (ownership) will be transferred. According to Section 18 of SGA. There are two conditions to be met with regard to the aforementioned issue. First, the contract does not define any condition regarding the transfer of property (ownership). If there is a condition in order to delay the transfer of property (ownership), such condition needs to be satisfied first, and then the property (ownership) will be transferred from the seller to the buyer.¹⁶ Second, the goods have to be in the deliverable state which means that the goods are in the condition as specified in the contract.¹⁷

In addition, SGA further defines that if the contract mentions that the seller have to perform some acts in order to put the goods into a deliverable state, the seller must completely perform such duties specified in the contract and inform the buyer regarding the completion of such duties in order for the property (ownership) to be transferred from the seller to the buyer. For example, if the contract has a condition regarding the “free on rail”, the seller has a duty to load the goods into the train and inform the buyer regarding the completion of the loading of goods into the train in order for the property (ownership) to be transferred to the buyer.¹⁸

SGA defines the general rule in Section 18 Rule 5 as that if there is a trading of the unascertained goods, there must be the process to make the goods unconditionally

¹⁵Jitti Tingsapat, **Civil and Commercial Code Book 3 Section 453-536** (Bangkok: Thammasat University, 2015), pp. 37-39.

¹⁶Michae U. E. Herington and Christian Kessel, “Retention of title in English law,” **International Company and Commercial Law Review** (1994): 335-340.

¹⁷Underwoods Ltd v Burgh Castle Brick & Cement Syndicate [1922] 1 KB 343.

¹⁸Underwoods Ltd v Burgh Castle Brick & Cement Syndicate [1922] 1 KB 343.

appropriated to the contract.¹⁹ The process to make the goods unconditionally appropriated to the contract is to irrevocable select the goods and both parties have to give consents regarding the selection.²⁰

Furthermore, beside the selection of the goods with the consent from both parties, the UK law also specified the two processes to implicitly make the goods unconditionally appropriated to the contract as follows:

First, if the seller delivers the goods to the buyer and the buyer accepts the goods or the seller delivers the goods to the carrier, it can be implied that the goods are unconditionally appropriated to the contract. It can be seen that if the seller hands over the goods to the buyer, it is implicitly equal to the acceptance of the goods by the buyer and the property (ownership) will be transferred when the goods are delivered or if the seller delivers the goods to the carrier, there is no changing with regard to the goods and the goods will be unconditionally appropriated to the contract and the ownership will be transferred to the buyer without being informed by the seller.²¹

Second, the process of making the goods unconditionally appropriated to the contract by exhaustion. In this case, there is the trading of unascertained goods where the goods are parts of bulk and the bulk is identified in the contract or if the bulk has not been identified in the contract, later, there is the agreement to identify the bulk. If the goods in the bulk have decreased to the amount that the buyer agrees to buy, the property (ownership) of the goods will be immediately transferred from the seller to the buyer without the need to be informed by the seller or to receive any acceptance from the buyer.²²

The trading of some types of goods or movable properties is controlled by the law and required to be registered in order for the sales contract to take effect.

¹⁹P. S. Atiyah, John N. Adams and Hector MacQueen, **Atiyah's Sale of Goods** (Essex: Pearson, 2010), pp. 332-335.

²⁰N. R. Campbell, "Passing of property in contracts for the sale of unascertained goods," **Journal of Business Law** (1996): 199-205.

²¹Healy v Howlett & Sons [1917] 1 KB 337.

²²P. S. Atiyah, John N. Adams and Hector MacQueen, op. cit., pp. 332-334.

If there is no registration, the sales contract will be void.²³ These types of goods either in Thailand or the UK are based on the registration because if there is no registration, the contract cannot be formed and the property (ownership) in the goods will not transferred to the buyer.

Under CISG, there is no provision stated about the ownership in the goods. The law only state about the transfer of risk. The risks under Article 69 will be transferred from the seller to the buyer under two circumstances if the seller is not obligated in the agreement to make contract for goods carriage. The first circumstances, if both parties agree that the buyer will obtain the goods at the seller's place of business, the risks are transferred only if the buyer takes over the goods.²⁴ It can be seen that although the intention of goods transfer is presented, but the seller is still the holder of such goods physically. Thus, the seller shall still be liable for the risks of such property unless the goods are delivered to the buyer, and the buyer possesses the goods physically, then the buyer shall be the person liable for the risks at that time. This case includes the hiring of carrier by the buyer to receive the goods from the seller. The carrier hired by the buyer represents the buyer possession of the goods. Once the carrier receives the goods, the risks shall be transferred from the seller to the buyer at that time.

The second circumstance is the case stating that the buyer will obtain goods at other place outside the seller's place of business. The seller is still responsible for bringing the goods out of his/her own place of business to the appointed destination with the buyer on the date of appointment. The risks will be transferred from the seller to the buyer only if the seller performs the duty of delivering goods to the appointed destination and informs the seller for acknowledgement that the goods are ready for delivery.²⁵

²³Pathichit Akejariyakorn, **Commentary on Sale, Exchange, Gift Law** (Bangkok: Winyuchon Publication House, 2013), pp. 108-110.

²⁴Peter Schlechtriem, op. cit., pp. 90-91.

²⁵Ibid.

In the event that the contract specifies that the seller has the obligation regarding the transportation which means the contract defines that the seller has the responsibility with regard to the transportation including finding the carrier, enter into the contract with the carrier and make a payment to the carrier without negotiating about the transfer of risks whether when will the risks are transferred. If the sales contract is under the CISG, the risks will be transferred to the buyer once the seller hands the goods to the first carrier.²⁶ The seller has a duty to prepare the goods and hire the carrier to transport the goods to the buyer and when the hired carrier receives the goods from the seller, the risks will be transferred to the buyer. It can be seen that the transfer of risks is related to the physically delivery of the goods which the seller has to deliver the goods to the carrier and the goods are physically under the care of the carrier, then the risks will be transfer from the seller to the buyer. Thus, as long as the goods are still with the seller, the seller will be the one who bears the risks.

The sales of the ascertained goods which are in the middle of the transportation, CISG defines that the risks are transferred since the date of the contract because the goods are not physically in the possession of the seller and the seller has no obligation with regard to the goods.²⁷

Analysis on the system of transfer of the ownership

The ownership is the intangible right that an individual has over the properties, thus, the individual cannot physically hand over such right to one another. However, although the ownership is intangible, but the law allows it to be appropriated. The appropriation of such right does not mean the physical possession of the right yet the individual can claim such right and use it against other people.²⁸ Therefore, if a

²⁶ John O. Honnold, **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention** (The Hague: Kluwer Law International, 1999), pp. 398-408 [Online], available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho67.html>, 2019 (January, 15).

²⁷ Jacob S. Ziegel, **Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, (1981) [Online], available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel68.html>, 2019 (January, 19).

²⁸ Arnon Mamout, op. cit., pp. 86-89.

person does not have an intention to appropriate the ownership of the goods, that person has the intention to transfer the appropriate to another person. The transferee can appropriate the goods as soon as there is the expression of the intention to transfer the ownership without the need to physically deliver the goods.²⁹ As a result, the person who appropriate the goods does not need to be the one who has the ownership. That person might be the agent or the carrier of goods who possesses the goods on behalf of others. One must look at the law in order to determine that who has the ownership over the goods and not only focus on the physical possession.

From the aforementioned principle, the ownership should be transfer by the intention of the parties. Although, there is no explicit provision in the sale law stated that the ownership will transfer from the seller to the buyer by the intention of both parties like in Section 17 of SGA, it can be implied Section 458 of CCC to know that Thai law provide the ownership to transfer by intention. Moreover, the court of Thailand, such as the decision of the Supreme Court of Thailand no. 1504/2526, determine the issue about the transfer of the ownership in the sale of goods that the ownership will transfer when the seller and the buyer intent to conclude the sale of goods contract. The seller has not to deliver the goods to make the ownership in the goods to transfer.³⁰

Therefore, there is nothing to add or change the provision about the system to transfer of the ownership in the goods in CCC.

Analysis on the transfer of the ownership in sale of specific goods which the parties do not make their intention clear

As mentioned above that the ownership is intangible, the transfer of ownership can be done through the expression of the intention. However, there is a question regarding how to figure out the intention of the parties if they do not express it? The answer is to determine the action of the parties. If the law defines the strong relation

²⁹Hugo Grotius, *The Right of War and Peace Book II* (Indiana: Liberty Fund, 2005), pp. 745-749.

³⁰The decision of the Supreme Court of Thailand no. 1504/2526.

between the action of the parties and the intention to transfer the ownership, it might be fairer for the parties.

However, Thai law does not define the strong relation between the action of the parties and the intention to transfer the ownership. In Section 458 of CCC, The law allows the ownership of the specific goods to be transferred easily. The ownership of the specific goods will be immediately transferred as soon as the parties conclude the sale contract even though the goods are not ready for the buyer to take it.

To compare with the SGA, Section 18 Rule 1 and Rule 2 require the goods to be already in the deliverable state and the ownership will pass to the buyer. This means that if the goods are not ready to for the buyer to take it, the seller has to do something to make a goods ready and the ownership will transfer to the buyer.

In *Kulkarni v Manor Credit Ltd*, the fact that, the buyer is a consumer and want to buy a car to use, is required the seller to make the car which the buyer had bought ready to use. The court held that the car which did not have its registration plates attached to it is not in a deliverable state. If this case was happened in Thailand, the result of the court decision would be changed. In the decision of the Supreme Court of Thailand no. 1025/2522, the seller wrote a letter to the buyer offering to sell a car (has already specify the car) at a price of THB 300,000 and the buyer made the acceptance via a letter and the seller has received such acceptance, thus, the sale contract of the car is formed. Once the contract is formed, the ownership of the car will be immediately transferred from the seller to the buyer.

In reality, in the commercial way, the agreement between the parties, where the parties acknowledge that car without registration plates cannot be delivered, can be deemed as the agreement that the parties have not had the intention to let the buyer be the owner of the car at the time of the contract. As the parties have not had the intention to transfer the ownership in the car, the ownership in the car cannot be considered as already transferred. Therefore, the transfer of property (ownership) which based on the commercial practice might correlate with the intention to transfer the ownership more than just to consider the formation of the contract.

Moreover, the transfer of the ownership in Thailand cause the risk of loss and damage in the goods are transferred. If the ownership of goods can be transferred easily, the risk of loss and damage in the goods are also transferred easily. The buyer will be liable in the goods, which are lost or damaged by nature disaster or the conduct of the third party, as soon as the contract is concluded even though the goods are not ready for the buyer to take and are in the physical possession of the seller. This is the advantage of the seller and do not fair for the buyer to liable.

For the reason mention above, the law on the transfer of the ownership in sale of specific goods, which the parties do not make their intention clear, has to be amended to reflect the actual intent of the parties. The buyer will not intent to take the goods which is not ready to take. Thus, the law should contain that the ownership of the goods will transfer only if the goods are in a deliverable state.

Analysis on the transfer of the ownership in sale of unascertained goods

The ownership is a legal fiction which require the property to be the object of right. In the case that the seller and the buyer do not know the exact goods that will be transferred, the ownership which is the right in the property should not be transfer. Section 460 of the CCC states follow this principle. The law state that “the ownership in unascertained property is not transferred until the property has been numbered, counted, weighed, measured or selected, or its identity has been otherwise rendered certain”.

However, the process to choose the goods to be a specific goods is not clear. The sale law does not define that which parties, seller or buyer, have right to select the goods. From this reason, we have to find the person who has right to select the goods under the obligation law Section 195 paragraph 2 of CCC. This section give right to buyer who is the creditor in this obligation.

Nevertheless, the ownership should be transfer from the intention of the both parties. The law should not empower individuals, only one party. Therefore, in this case which the law, it seems to be wrong. From this problem, the law should provide the process to select the goods by the consent of both parties under the principle of the ownership.

Analysis on the transfer of risk of loss and damage in the sale of goods

In Thailand, the transfer of risks under CCC uses the theory of “res per it domino,” or “the owner bears the risks.” In Section 370, the buyer who is a creditor will liable for the loss or damage of a specific goods if the sale contract is created. This means the point of risks transfer from the seller to the buyer is the same point where the ownership being transferred to the buyer. In the United Kingdom, SGA Section 20 (1) also apply this theory.

In the decision of the Supreme Court of Thailand no. 2607/2531, the buyer bought oil in the delivered truck of the seller amount 12,000 liters which mean that the goods are specific. If the some oil had lost during the transportation, the buyer was liable to pay full price.

However, theory of “res pe rit domino” is not fair for the buyer since the regulations specified that the risks are transferred with the expression of intention which means that only the buyer agrees to buy or express the intention to trade, the risks will be with the buyer even when the goods are still, physically, in the possession of the seller. As a consequence, if there are any damages occur to the goods where the seller cannot be blamed, the buyer has to be responsible for such damages without the chance to protect the goods. Therefore, the buyer would feel that the law was unfair.

In CISG, the theory of “hand over the good” is applied., the idea of giving the justice to the buyer was formed with the principle that the party who has the possession of the goods will be able to protect them from damages or losses, thus, such party who is at the best position that can protect the goods is the one who has to bear the risks if there is any damages. This theory regarding the transfer of risks which means that the one who has the goods will be the person who bear the risks in such goods. This principle focuses on the physical possession, thus, even the parties have the intention to transfer the goods but as long as the goods are in the physical possession of the seller and the seller has not yet delivered the goods to the carrier or the buyer, the seller will have to bear the risks and have to take

responsibility regarding the goods.³¹ As a result, CISG does not specify about the case where the buyer has to be responsible with the damages of the goods which are in the possession of the seller which is in contrast with “res per it domino” principle that was adopted by SGA and CCC. Therefore, the “hand over the goods” principle which is accepted by CISG is fairer to the buyer than “res per it domino” which is used by SGA and CCC.

Article 69 of CISG states that the seller shall still be liable for the risks of such property unless the goods are delivered to the buyer. Or, in the case stating that the buyer will obtain goods at other places outside the seller’s place of business, the seller is still responsible for bringing the goods out of his/her own place of business to the appointed destination with the buyer on the date of appointment. In the event that the contract specifies that the seller has the obligation regarding the transportation in Article 67 which means the contract defines that the seller has the responsibility with regard to the transportation including finding the carrier, enter into the contract with the carrier and make a payment to the carrier without negotiating about the transfer of risks whether when will the risks are transferred. If the sales contract is under the CISG, the risks will be transferred to the buyer once the seller hands the goods to the first carrier.³²

Furthermore, the transfer of risks under CISG which defines that the risks will be transferred when the seller hands over the goods to the buyer or the carrier is to physically specify the point of risks transfer than to focus on the intention of the parties as defined in SGA and CCC. Thus, the parties can easily realise the point when the risks will transfer to the buyer because of the delivery of the goods which is more tangible and certain than the expression of intention.

In addition, the specification of the risks transfer point under CISG is correlated with the transfer of risks in the commercial practice. The transfer of risk under CISG

³¹Sylvain Bollée, op. cit., pp. 245-290.

³²John O. Honnold, **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention** (The Hague: Kluwer Law International, 1999), pp. 398-408 [Online], available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho67.html>, 2019 (January, 15).

can be easily compared with the risks transfer in the Incoterm. For example, in the general case where the seller does not need to make the transportation agreement, the transfer of risks will be similar to the formation of FCA term in the Incoterm 2010.³³ If the seller has the duty to enter into the transportation agreement, the transferred of risks will be the same as term CPT in the Incoterm 2010 which is different from SGA and CCC which cannot be compared with the transfer of risks in Incoterm.³⁴ Therefore, it means that the transfer of risks in CISG is correlated with the commercial practice more than SGA and CCC. It can be concluded that the transfer of risks in CISG is fairer to the buyer than in SGA and CCC and also closer to the commercial custom and practice than SGA and CCC.

For the unfair problem, Although the risks transfer theory is adopted in the UK is *res per it domino*, UK law defines the risks transfer in case of the buyer being a consumer separately. The risks in the goods which are for sell are transferred to the buyer, who is a consumer under Consumer Right Act 2015 Chapter 2 Section 29, only if the seller has delivered such goods to the buyer already.³⁵ Therefore, the risks and the ownership, in case of the buyer being a consumer, will be transferred at different time. The risks transfer theory is adopted in the case that the buyer who is a consumer is not “*res per it domino*” but “hand over the goods. In comparison with Thai Laws, this topic has not been provided in CCC or the Consumer Protection Act yet, as a result, the risks of goods under Thai Law shall always be transferred along with the ownership regardless that the buyer is Consumer.

For this reason, the theory of “hand over the good” seems to be fairer than the theory of “*res per it domino*” which use in Thai law. The sale of goods law of Thailand should add specific provision related to the transfer of risk and the law should take into account of the physical possession in the goods. The buyer should

³³Incoterms 2010 ICC rules for the use of domestic and international trade terms (Paris: ICC Publication, 2010), pp. 24-26.

³⁴Ibid.

³⁵Patrick S. Atiyah, John N. Adams and Hector MacQueen, op. cit., pp. 342-343.

not have any liability when the goods are lost or damaged in the physical possession of the seller.

In conclusion, the laws about the transfer of the ownership and risk in the sale of goods contract in Thailand have to be reformed. Section 458-460 of CCC should be reordered. Section 458 should be stated about the system of the transfer of the ownership. The law could be stated explicitly that the ownership will transfer by the intention of the parties. Moreover, the parties can agree to delay the transfer of the ownership by specify the conditions or time of the transfer of the ownership in the contract. In Section 459, the law should be stated about the transfer of the ownership in sale of specific goods which the parties do not make their intention clear. The ownership will transfer when the contract is formed and the goods are in a deliverable state. Section 460 should be stated about the sale of unascertained goods. The ownership will transfer when the goods has been numbered, counted, weighed, measured or selected, or its identity has been otherwise rendered certain by the consent of the parties. Finally, the law should add the specific provision which is stated about the transfer of risk of loss in the sale of goods contract. The transfer of risk should follow the theory of “hand over the good.” This mean that if the goods are in the physical possession, the risk will be still with the seller even though the ownership in the goods is already transfer to the buyer.

3. The problem regarding the implied term about the quality of the goods in sale contract

In general, when contracting parties have expressed their intention to enter into a sale of goods, and the description of goods so purchased is specified in the contract, the seller shall deliver the goods that match the condition and description, including quality, as specified in the contract. On the other hand, if only the description or type of the goods, excluding the quality, is set forth in the contract, it does not mean that the seller is entitled to deliver the goods which are of any quality as the seller deems appropriate. In case the contract is silent on the quality of goods, it

shall be deemed that the contracting parties have agreed to the delivery of goods which are of the quality specified by law. In other words, in case the contract does not contain a term relating to the quality of the goods, it shall be deemed that the contracting parties have implicitly agreed to the quality of the goods as prescribed by law.³⁶

The quality of goods as prescribed by law can be interpreted as a minimum standard which must be followed by the seller when handing the goods over; the quality must be at least equivalent to or better than the standard prescribed by law, regardless of whether such quality standard is set forth in the contract. According to the law, such standard is part of the agreement whereby the seller shall adhere to. Failure to comply with such standard, the seller will be in breach of the sale agreement.

When talk about the implied term about the quality of the goods, there is only Section 472 of CCC which the parties will concern. This Section imply that the seller has to deliver the goods without defect. If the defect results in the depreciation of value, or effecting the normal use or intended purpose per agreement, the seller is liable. The sale law does not concern about the quality of the goods which the buyer will be use. The word “defect” means a fault in the goods. This mean that if the goods do not appear any fault when the seller deliver, the buyer is not protected from this Section even though the buyer cannot use goods for the objection that he or she want.³⁷

There is a Section 195 in the obligation law to determine the quality of the goods that the buyer has to deliver. The law state that the debtor, which mean the seller, must deliver a thing of medium quality when the thing which forms the subject of an obligation is described only in kind.³⁸ Thus, the seller does not have to

³⁶W. C. H. Irvine, “Satisfactory Quality: what does it mean?,” **Journal of Business Law** (2004): 684-703.

³⁷Sanankorn Sotthibandhu, **Commentary on Sale Exchange Gift** (Bangkok: Winyuchon Publication House, 2013), p. 199.

³⁸Sopon Rattanakorn, **Commentary on Obligation Law** (Bangkok: Nitibannagarn, 2002), pp. 65-67.

hand over to the buyer the goods which are of the best quality, but the seller cannot hand over to the buyer the worst quality goods; they must be of medium quality.

However, this Section is not applied only for the sale of goods contract but also for other contracts. This does not seem to be fair that the law provides the quality of all contract in the same level. The buyer who pay the price should be protect for better standard of quality in the goods than the donee who give nothing to receive the property. Moreover, the law does not have any detail to determine what is medium quality.

To compare with SGA, standard of the quality is required to be the implied term in Section 14 (2). The standard was shifted from “merchantable quality” to “satisfactory quality” in the amendment of 1995. When considering the satisfactory quality of goods, from legal viewpoint, it is necessary to consider whether a person of ordinary prudence, who is in the same situation of the buyer, would be satisfied with the goods delivered by the seller, taking into consideration of the description and price of the goods. In addition, the goods must be fit for all the purposes for which goods of the kind are commonly supplied. As such, the interpretation of ‘satisfactory quality’ substantially deviated from ‘merchantable quality’; the seller is now obligated to deliver the goods which are fit for all purposes for which goods of the kind are commonly supplied. The goods can no longer be fit for one particular purpose but all purposes for which goods of the kind are commonly supplied. If goods cannot ordinarily be used by the buyer for any reasons, the seller shall be liable.³⁹

In general, the seller is the best party to know the quality or efficiency of goods. Since Roman times, a seller wishing to sell beast of burden or slave in the market was required by the market owner to disclose facts relating to the beast of burden or slave. Failure to make such disclosure, and the buyer found that the

³⁹P. S. Atiyah, John N. Adams and Hector MacQueen, **Atiyah’s Sale of Goods** (Essex: Pearson, 2010), pp. 158-160.

beast or slave had any flaws, it shall be deemed that the seller sold the goods in bad faith, and therefore, the seller shall be liable. Application of this principle was later extended to the sale of other goods.⁴⁰

It can be seen that good faith or honesty is the main principle which must be followed by the seller. The good faith is considered by looking into the act of the seller. In some circumstances, although the seller does not make any misleading statements, bad faith might occur if the seller, in hope of selling the goods, withholds any information that should be notified to the buyer. In this case, the seller should be liable for bad faith.⁴¹

With regard to the principle of good faith, the UK law is efficient in term of granting the buyer the protection and recognizing the principle of good faith. In some circumstances, although the seller does not make any misleading statements, bad faith might occur if the seller, in hope of selling the goods, withholds any information that should be notified to the buyer. In this case, the seller should be liable for bad faith.

The UK law assumes that the seller has better knowledge of the goods than the buyer, and thus, the seller is required to deliver the goods of which the buyer must satisfy, when making the comparison of the goods with its description and price. Besides, the seller shall disclose the quality of goods to the buyer, as well as informing the buyer how the goods can be used. Failure to make such disclosure, and the goods could not satisfactorily perform the purposes when they are ordinarily used, the seller shall be liable. On the other hand, the buyer, despite being notified by the seller, insists on buying the goods, the seller shall not be liable.

As mentioned above, the UK law seems to be fairer for the buyer than Thai law. The standard for the quality of goods which the law requires from the seller at the time of delivery under the SGA, the obligations of the seller under Thai law are

⁴⁰Sanankorn Sotthibandhu, *Introduction to Roman's Private Law* (Bangkok: Winyuchon Publication House, 2016), pp. 213-216.

⁴¹William Warwick Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (Cambridge: Cambridge University Press, 1950), pp. 411-415.

found to be much less stringent. In case the contract is silent on any particular purpose which the buyer intends to use the goods for, Thai law does not obligate the seller to reveal how the goods can be used, nor does it require the seller to inform the circumstances the goods would be unfit for use. After purchasing the goods, if the buyer cannot use the goods as anticipated, the seller shall not be liable as long as the seller has supplied the goods which are of medium quality and not defective. Unlike the Thai law, under the UK law, the seller is required to disclose how the goods can be used. After the goods are purchased, if they do not perform any ordinary purpose, the seller will be liable.

For example, a buyer bought a ‘kitchen knife’ from a seller. After purchasing the knife, the buyer found that it was unfit for cutting some types of meat, and thus, the buyer made a claim against the seller. Under Thai law, the seller shall not be liable due to the fact that the knife was of medium quality and not defective at the time of delivery. Unlike Thai law, under the UK law, the knife must be fit for all purposes for which it could ordinarily be used. The knife that was sold by the seller was a kitchen knife; it must be fit for all kinds of cooking. The seller would not be liable if, at the time of entering into the sale, he had informed the buyer the specifications of the knife, e.g. the knife was fit for cutting vegetables and chicken but not for cutting sticky or bone-in meat. Had the seller notified the buyer of this fact, the seller would not be liable. Failure to notify the buyer, it shall be deemed that the knife must be fit for all kinds of cooking. Since the knife was not for cutting certain types of meat, it was not of satisfactory quality. The seller shall be liable to the buyer.

To compare with CISG, Article 35 (2) require the the goods which the seller has to deliver, must fit for purposes that such goods are ordinary used. In *Rijn Blend case*, an arbitration case in the Netherlands, the tribunal translate that “the goods are ordinary be used” mean that goods have a standard of “reasonable quality”. The tribunal opined that the seller had the duty to hand over the goods which were

of “reasonable quality”.⁴² Otherwise, the goods could not ordinarily be used; the seller would be in breach of the sale contract.

When considering whether the goods were of reasonable quality, the tribunal took into consideration two factors; the price, including an idea that goods of a high value must be of reasonable quality taking into consideration the price. Besides, the tribunal would look into the commercial practice of the parties. If there was a previous shipment of goods, it shall be deemed that the seller has guaranteed the quality of goods to be equivalent to the previous shipment. In the following purchase orders, the seller shall deliver the goods which are of the same quality. Accordingly, if the goods do not worth the price charged and are not of reasonable quality based on the commercial practice, the seller will be in breach of the sale contract, and thus, liable to the buyer.⁴³

Thai law resembles CISG with respect to the quality of goods; it is not required that the goods must be of the best quality. If the goods are of sufficient quality comparing to the goods of the kind, the goods are deemed to pass the standard prescribed by law. However, Thai law is silent on the question is how to assess whether the goods are of sufficient quality. What reference should be used for comparison? Does it need to compare the goods with goods of the same kind? Does it need to refer to the satisfactory level of a person of ordinary prudence? According to the Thai law, the goods must not be defective at the time of delivery affecting the normal use of the goods. As such, if the goods, which are delivered to the buyer, are of medium quality and not defective at the time of delivery, the contractual obligations will be fully performed. Utilization of the goods by the buyer is an irrelevant factor. Accordingly, it could be said that, when comparing Thai law with CISG, the seller in Thailand will have less obligations.

After comparison of the CCC with SGA and CISG, the buyer in Thailand seem to have the least protection. For this reason, Thai law has to be amended to

⁴² **Netherlands Arbitration Institute Case No. 2319** [Online], available URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html>, 2019 (January, 20).

⁴³ Ibid.

provide a specific provision about standard of the quality which will be applied as the implied term to protect buyers from being exploited. The law should protect the buyer against the expression of bad faith by the seller who may make any misleading statements or conceal any facts relating to the goods. The seller should be required by law to make a full disclosure of the description or specifications of the goods. Otherwise, the description of the goods made by the seller might be exaggerated. It can be seen that SGA is the legislation which grants greatest protection to the buyer.

In conclusion, to balance the fairness for the parties in sale of goods contract, Thai law should add a specific provision in the subject of the implied term. The provision should be clearly stated that the goods which the seller has to deliver must be in a satisfactory quality and fit for all the purpose that the goods in the same the kind are ordinarily used.

4. The problem regarding form of sale of goods contract and enforceability by action

The sale of goods law in Thailand was influenced by the Sale of Goods Act 1893 of the UK as a consequence,⁴⁴ section 456 of the CCC requires that the sales contract of the movable properties which are worth more than THB 500 needs to have the written evidence with the signature of the liable party in order to be enforceable. Even if in 2005, there was an amendment of the value of the properties from THB 500 to THB 20,000 but the other requirements are still the same.

It means that in Thailand, although there is no required form in establishing the sales contract of the movable properties and the parties can create the sales contract without the written form, nonetheless, the sales contract of the movable properties which are worth more than THB 20,000 is required to have the written evidence with the signature of the liable party or unless earnest is given, or there is

⁴⁴ M. G. Bridge, *The Sale of Goods* (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp. 10-11.

part performance, otherwise it cannot be enforced in the court.⁴⁵ As a result, even though the law does not require the form of the contract but when there is a dispute in court with regard to the contract; the claimant needs to have the written evidenced to prove to the court in order for the court to accept the claim. If there is no written evidence to prove to the court, even if the sales contract is truly formed, the court will not consider and enforce the contract for the claimant. This requirement also covers other type of sales contracts that the parties wish to enforce them as well. Furthermore, the claimant can use the witness to prove that there is the sales contract instead of the written evidence and the court will strictly relies on the information written in such evidence only. If the parties have other agreements besides what written in the evidence, the court will not enforce such agreements for the parties and the parties cannot use the witness to prove those agreements or amend the information written in the evidence as the court is not allowed to hear such witness.⁴⁶

In the case of the Supreme Court of Thailand no. 3046/2527 the seller accepts the buyer to sale parboiled rice but there is not the evidence which has a signature of the seller. The court held that the buyer cannot enforce by action even though the seller does not deliver parboiled rice. This means the buyer cannot claim any damage to the seller just because there is no evidence signed by the seller.

It can be seen that although there is no form for establishing the sales contract but documents are still the important elements in forming the sales contract of the movable properties in Thailand because whether the contract can be enforced or not is depended on the documents. This seems not to be fair because it can provide some negative impacts for the party who has a good faith and trust to bind the word of mouth of another party in making a sale of goods contract.

To compare with SGA and CISG, the laws do not determine the form of the sales contract; therefore, the parties can freely enter into the contract with any form. The formation of the sales contract can be either made in writing or made by word of mouth or even partially made in writing and partially made by word of mouth

⁴⁵The Decision of The Supreme Court of Thailand number 779/2482.

⁴⁶The Decision of The Supreme Court of Thailand number 6718/2540.

and if the contract is formed, regardless of the procedures, it can be enforced. Although, in CISG, any countries which do not wish to adopt this principle can make a declaration or reservation in accordance with Article 94 and as a result, as mention in Article 12, the contract which one of the parties has the place of business in the country that made the reservation must be governed by the local law of that country and Article 11 of CISG will not apply to this case.⁴⁷ If the local law requires the written form or written evidence for the contract to be enforced, the parties must comply by such requirements. Nevertheless, if countries do not make a declaration, the sale of goods contract can be form without formalities.

Actually, when the parties enter into the contract which is not made in writing, it is considered as the formation of the contract based on the freedom of contract which the parties have the freedom to form the contract and such freedom includes the freedom of form of the contract.⁴⁸ Therefore, as the parties define the form of the contract as the verbal contract and do not want to make the contract in writing, the law should recognise such contract and should not intervene with the freedom of the parties.

Even though the principle of the freedom of contract has some exceptions which allow the state to intervene with the decision of the parties, nonetheless, such intervention must come from the fact that the state views that the parties are unequal and one might take advantage of another or the state has some procedures with regard to certain types of goods that must be under control of that state.⁴⁹ If the intervention of the state is not for the prevention of the taking of advantage by one party or the controlling of goods, the state should not intervene with the freedom of contract. As a result, the state should not intervene with the business

⁴⁷Peter Schlechtriem, **Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods** (Vienna: Manz, 1986), pp. 44-47.

⁴⁸ReshmaKorde, "Good Faith and Freedom of Contract,"**UCL Jurisprudence Review** (2000): 142-165.

⁴⁹Mark Pettit Jr., Freedom, "freedom of contract and the 'rise and fall',"**Boston University Law Review** (1999): 263-353.

trading between two people who have the equal power in negotiation and should let the trading to be based on the freedom of contract which the parties are allow to choose the form of the contract. Thus, in general, the law should recognise and enforce such contract and if the state prefers to control some certain types of the goods, the state can select to control them separately as case by case.

Although the fact that the law requires the parties to create the contract in writing can help the parties to be more discreet in decision making before forming the contract especially the trading of the high value goods, there must be more caution when entering into the contract with respect to such goods because if the contract can be formed easily, it could lead to the damages. However, this kind of thought might be the consequence of the fact that in the past, there are some difficulties in travelling, communication, and checking the goods and the financial status of the trading parties, thus, the law created some procedures regarding the trading of goods, in particular, the high value goods in order to reconfirm the decisions of the parties. None the less, the aforementioned situation is not the same with the current situation since, now a days, the information and news can be quickly communicated, the checking of the goods' conditions can be done through the photos or video within a second, and there are technologies assisting in verifying the conditions of the goods or the financial status of the parties, therefore, the decision making with respect to the trading is easier and with more confidence than in the past.

Furthermore, the trading which is required to be made in writing is resulted from the fact that in the past the trading was not well developed and people were not familiar with the trading as a consequence they defined that in order to prove the existence of the sales contract, it must be made in writing. If the society is developed in term of trading, the people in such society will be familiar with the trading and even if the sales contract is made verbally, the parties are still confident with their contract and willing to be bound and enforced by the contract without the requirement that the contract must be made in writing to reassure that the contract was made. In addition, the process of making a written contract is burdensome and discourages people to enter into the sales contract which is bad for the

development of the economy. Thus, the countries which have the developed trading would not require the form of the sales contract and the sales contract does not need to be made in writing.

Although to have the written evidence in order to enforce the contract in the court can be the initial prove that the case is solid enough for the court to accept the case and to prevent people from being sued without any evidence. However, it can be viewed that the law does not protect another party which is the true victim related to the contract since the businessmen are not lawyers, they might not know how to form the contract. Thus, if the contract is made rightfully and the parties are willing to be bound by the contract even though the contract was not made in writing or do something to be the evidence, it does not mean that the parties do not want to perform the contract or do not get any damaged. If one of the parties get some damage the law should allow he or she to claim such damage in the court.

From this all reason above, the formality of sale of goods contract has to be amended. The sale of goods contract should be in the freedom of form. If there is a default with regard to the obligation specified in the contract, the law should allow the victim to prove the damages even if there is no written evidence or do something to be the evidence as there could be other types of evidence such as witnesses or materials which can prove the existence of the contract and that there is a default. The law should not reject the chance to prove such damages.

In conclusion, Thai law should not obstruct the victim who has a damage to bring the case to the court. The parties should have the freedom of form to conclude their sale of goods contract. In principle, when the form is not prescribed by law or in absence of any limitations relating to the enforcement by action, the formless contract is enforceable by action. The limitations relating to the enforcement by action of the contract of sale of movable property is in Section 456 paragraph 3. By deleting this paragraph, the contract of sale of movable property will be a formless contract and not be barred to be enforced by action.

5. The problem regarding formation of unstated price of sale contract

Sale of goods contract is a price contract. The buyer has to pay the price to exchange with the ownership in the goods.⁵⁰ However, the problem occurs in the sale of goods contract that the buyer wishes to pay the price but the exact price is not explicit in the contract, should the law be applicable to this case?

In Thailand, the Supreme Court in the decision no. 6420/2539 applied the gap-filling provisions which state in 487 and ruled that the sales contract can be formed even though there is no exact price specified in the contract.⁵¹ Nevertheless, the former Supreme Court used the principle that the offer must be clear to determine the formation of the sales contract. Thus, if the offer or has not yet defined the exact price in the offer, the offer has not yet created and even if the offered accepts such offer, such action is not considered as the acceptance and the contract has not yet formed.⁵² This mean that the law is still uncertain applying the case. To find the certain way, it has to be compare the problem with SGA and CISG.

To compare with SGA, the unstated price contract is the issue that has been famously brought to the court. The judge in *Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Co SA v Okta Crude Oil Refinery (No. 1)* ruled that in the situation that the sales contract which the parties did not state the exact price or define the third party such as the arbitrator to be a person that will specify the price, the court can define the price of goods at the reasonable price.⁵³ Thus, it can be seen that the UK court does not consider the price of goods as the minimum elements of the creation of the contract. Even if in some case, the parties did not specify the price in the contract, the contract is considered as being formed and can be enforced against the parties. If

⁵⁰ M.G. Bridge, op. cit., pp. 46-48.

⁵¹ The Decision of The Supreme Court of Thailand number 6420/2539.

⁵² The Decision of The Supreme Court of Thailand number 927/2498.

⁵³ *Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Co SA v Okta Crude Oil Refinery (No. 1)* [2001] EWCA Civ 406.

the parties cannot agree on the price, the parties can ask the court to determine the price of the contract.

Nonetheless, it does not mean that every agreement between two persons which does not specify the price will be considered as the forming of the sales contract. The UK court determines the intention of the parties as whether the parties would like to form the contract or not. If there is a condition in the agreement to negotiate about the price in the future, for example, the parties agree to trade 100 roses and the parties agree to determine the price in the future, the court considers this kind of agreement as the “agreement to agree” which can be assumed that the parties have not yet had the intention to form the contract at the date of the agreement because they still want to negotiate in the future, thus, the contract has not yet formed and the parties cannot enforce such agreement against each other.⁵⁴ Nevertheless, even if it is the agreement to agree but the parties have further action which is enough for the court to determine that the parties agree to be bound by the contract such as there is a delivery of the traded goods or a partial performance of the contract, it is clear enough that the parties would like to be bound by the contract, as a consequence, the contract is formed and can be enforced. With regard to the aforementioned scenario, the gap-filling provisions will be applied and the party needs to pay the reasonable price.⁵⁵

It can be seen that the UK court focuses on the intention of the parties whether the parties have the intention to form the contract or not. If the parties’ intention is clear that the parties would like to create the contract even though the parties did not state the price in the sales contract, the contract is considered to be formed.

The way to make a decision in the UK seem to be fair for both parties of sale of goods contract. Actually, the sales contract was invented since the Roman era and it was formed because the parties would like to be bound by the contract

⁵⁴May & Butcher Ltd v. The King [1934] 2 KB 17.

⁵⁵Queensland Electricity Generating Board v. New Hope Collieries Pty Ltd [1989] 1 Lloyd’s Rep 205.

and on the basis of the consensus and bona fide which means that the intention of the parties is the most important element in forming the contract. Therefore, the interpretation of the creation of the sales contract is based on the intention of the parties. If the parties have the intention or the purpose to form the contract although some elements of the contract such as the price of the properties is not clearly defined, the contract is considered as being formed and both parties can enforce the contract.

The intention of the parties can be determined by the fact that the parties agree to be bound by the contract and there is no further negotiation regarding the important issues required. For example, the parties have already agreed on the properties which will be the subject of the contract and the amount of such properties and do not wish to further negotiate with regard to any other important issues. It can be considered that the parties would like to be bound by the contract even if the parties did not agree upon the price. The gap-filling provisions will be applied and it can be understood that the price will be the reasonable price for both parties.

Nonetheless, if the parties do not have the intention to form the contract such as there is the agreement to agree on the price in the future, it can be seen that the parties would like to negotiate more in the future. This agreement is only the initial agreement which needs to be further negotiated in the future. As a consequence, the parties do not have the intention to form the contract, thus, the contract has not yet formed and such agreement cannot be enforced between the parties.

However, if the case has occurred under CISG jurisdiction, the result of the case will be change from the UK. CISG specifies the minimum elements of the sales contract in Article 14. If the sales contract does not have clear elements as mentioned by the regulation, the contract cannot be formed. The price of the goods is one of the minimum elements which the parties have to agree, thus, if the parties do not specify the price in the contract, the contract has not yet formed.⁵⁶ Although CISG

⁵⁶E. Allan Farnsworth, **Formation of Contract** (1984), Ch. 3, pp. 3-1 to 3-18 [Online], available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>, 2019 (January, 12).

has the gap-filling provision with regard to the price in Article 55, however, if the contract has not yet formed in accordance with Article 14, Article 55 cannot apply to such contract.⁵⁷

Regarding the above-mentioned issue, there are some academics that have counter arguments. Some academics hold that even though Article 14 mentions that the contract has to specify the exact price, nonetheless, if the parties did not state the price, Article 55 can be applied and the court can define the price and the contract is formed even if the price has not yet specified.⁵⁸ However, the judge in *Pratt & Whitney v Malev Hungarian Airlines* still used Article 14 as a key principle and did not use Article 55 in determining the issue. The judge focused on the intention of the parties as whether it was clear enough to form the contract and if the parties did not clearly state the price, the contract cannot be formed.⁵⁹ However, the court did not consider the real intention of the parties that whether the parties would like to be bound by the agreement or not. This point of view of the court in this case is different from the UK court which the contract can be formed by any form.

This does not seem to be fair to the parties who get any damage that the law did not approach to interpretation, relying on an understanding of the actual intent of the party responsible for the statement or conduct. The intention whether the parties would like to be bound by such agreement is the important component in determining whether the contract is being formed. If the parties have the intention

⁵⁷ John E. Murray Jr., An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, **Journal of Law and Commerce** (1988): 11-51 [Online], available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murray.html>, 2019 (January, 12).

⁵⁸ John O. Honnold, **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention** (The Hague: Kluwer Law International, 1999), pp. 353-357, Reproduced with permission of the publisher. [Online], available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho55.html>, 2019 (January, 5).

⁵⁹ Hungary Supreme Court (*Pratt & Whitney v. Malev*) [Online], available URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920925h1.html>, 2019 (January, 12).

to be bound even though the price has not yet defined, the contract should be able to be enforced and the gap-filling provisions should be used to determine the price in this case.

Actually, the sales contract was invented since the Roman era and it was formed because the parties would like to be bound by the contract and on the basis of the consensus and bona fide which means that the intention of the parties is the most important element in forming the contract.⁶⁰ Therefore, the interpretation of the creation of the sales contract is based on the intention of the parties. If the parties have the intention or the purpose to form the contract although some elements of the contract such as the price of the properties is not clearly defined, the contract is considered as being formed and both parties can enforce the contract.⁶¹

From all reasons mentioned above, the answer of the question that how the law should enforce with unstated price of sale of goods contract is the law should apply the case of uncertain price of sale of goods contract relying on the actual intention of the parties. CCC must discern the actual intention of the parties to form the contract. The issue related to the interpretation of the unstated price contract, that it will not be considered as an offer; and that the contract has yet to be created, should not be happen. Therefore, the provisions of the CCC are ambiguous on this matter. It is recommended that the legislation should be amended to protect the intention of the parties; when the parties intend to create a sale contract, even in the absence of the price, the contract shall be concluded.

6. Conclusion and Recommendation

In sale of goods contract, Thai law seem to give an advantage to the seller side. The buyer does not have sufficient protection from the damage which will be

⁶⁰Peter Birks, *The Roman Law of Obligations* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 65.

⁶¹George Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition* (Auckland: Springer, 2015), p. 135.

caused by the sale of goods contract. There are several problems that CCC should be revised.

First, on the problem regarding transfer of ownership and risk, according to the CCC, when the parties enter into the sale contract, the expression of intent of ownership transfer will immediately take place. However, if the parties do not make their intention clear, the law does not define the strong relation between the action of the parties and the intention to transfer the ownership. CCC does not concern whether the goods are ready to deliver or not. Moreover, to follow the theory of *res per it domino*, the risk in the goods is also transferred at the same time that the ownership is transferred. This mean that the risks can be with the buyer even when the goods are still, physically, in the possession of the seller. This is not fair for the buyer.

Second, on the problem regarding the implied term about the quality of the goods in sale contract, there is not enough protection for the buyer. There is no specific provision in the sale law which state about the implied term about the standard of the quality. The law should follow the principle of good faith and require the seller to deliver the goods which the buyer is satisfy.

Third, on the problem regarding form of sale of goods contract and enforceability by action, Section 456 paragraph 3 require the claimant to have the written evidenced or do something to be the evidence, such as earnest is given or part performance, to prove to the court in order for the court to accept the claim. This seem not to be fair if it has some damage for the party who has a good faith and trust to bind the word of mouth of another party to make a sale of goods contract. It can be viewed that the law does not protect the party which is the true victim related to the contract. Actually, people should have the freedom to form the contract includes the freedom of form of the contract. Thus, Thai law should not obstruct the parties who has a damage to bring the case to the court.

Fourth, on the problem regarding formation of unstated price of sale contract, the law is still uncertain applying the case. There are some case that the court held that if the exact price did not define in the contract, the sale of goods contract had

not yet created. This does not seem to be fair to the parties who get any damage from the sale contract that the law did not interpret relying on an understanding of the actual intent of the party. Therefore, the law should apply the case of uncertain price of sale of goods contract relying on the actual intention of the parties.

From these all reason, sale of goods law in Thailand should be amended to balance the fairness of the parties. The buyer should be more protected.

Recommendation

CCC should be amended in 5 provisions and add more 2 provision as follow,

Section 456

“A sale of immovable property is void unless it is made in writing and registered by the competent official. The same rule applies to ships or vessels of six tons and over, to steam launches or motor boats of five tons and over, to floating houses and to beasts of burden.

An agreement to sell or to buy any of the aforesaid property, or a promise of sale of such property is not enforceable by action unless there is some written evidence signed by the party liable or unless earnest is given, or there is part performance.”

(revoke paragraph 3)

Section 458

“The ownership of the property is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred.

If a contract of sale is subject to a condition or to a time clause', the ownership of the property is not transferred until the condition is fulfilled, or the time has arrived.”

Section 459

“The ownership of the property sold is transferred to the buyer from the moment when the contract of sale is entered into.

In case of sale of moveable property, the ownership shall not pass until the property is in a deliverable state.

In case, according to the contract, the seller shall do any acts necessary to make the goods to be in a deliverable state, the ownership shall not pass until such acts have been performed.”

Section 460

“In case of sale of unascertained property, the ownership is not transferred until the property has been numbered, counted, weighed, measured or selected, or its identity has been otherwise rendered certain **by the consent of the parties**.

In case of sale of specific property, if the seller is bound to count, weigh, measure or do some other act or thing with reference to the property for the purpose of ascertaining the price, the ownership is not transferred to the buyer until such act or thing be done.”

Section 460/1

“Unless otherwise agreed, the person holding the ownership shall bear risk of loss or damage to the property.

In case of sale of moveable property, as long as the property is in possession of the seller, the seller has a risk of loss or damage to the property.

Seller’s duty to take care shall terminate at the moment when the seller has handed the property over to the buyer or the buyer’s representative.

In case there is a carriage of goods contract, seller’s duty to take care shall terminate at the moment when the seller has handed the property over to the carrier unless the buyer is a consumer, seller’s duty to take care shall terminate only under paragraph 3.”

Section 474/1

“In case of a contract of sale of moveable property, unless otherwise agreed, the seller is bound to deliver the goods to the buyer which are of satisfactory quality to a person who is in the same situation of the buyer would expect to receive, comparing to the description and price of the goods.

The property, which is purchased and sold, must perform all purposes for which goods of the kind are ordinarily used, unless the buyer knows at the

moment when the contract is made that the goods cannot perform any particular purpose.”

Section 487

“The price of the property sold may be fixed by the contract, or may be left to be fixed in manner thereby agreed, or may be determined by the course of dealing between the parties.

When the price is not determined as aforesaid, the buyer must pay a reasonable price.

If the parties wish for the sale contract to be created, the contract shall be created, even in the absence of the price.”

Bibliography

- Arnon Mamout. **Ownership**. Bangkok: Thammasat University, 2018.
- Atiyah, Patrick S., John N. Adams and Hector MacQueen. **Atiyah's Sale of Goods**. Essex, England: Pearson, 2010.
- Birks, Peter. **The Roman Law of Obligations**. Oxford, England: Oxford University Press, 2014.
- Bridge, Michael G. **The Sale of Goods**. Oxford, England: Oxford University Press, 2014.
- Buckland, William W. **A Manual of Roman Private Law**. London: Cambridge University Press, 1957.
- Campbell, Norman R. "Passing of Property in Contracts for the Sale of Unascertained Goods." **Journal of Business Law** 22, 1 (1996): 199-205.
- DiMatteo, Larry A., Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer and Marisa Pagnattaro. **International Sales Law a Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. New York: Cambridge University Press, 2005.
- Ervine, W. C. H. "Satisfactory Quality: What does it Mean?." **Journal of Business Law** 11, 1 (2004): 684-703.
- Farnsworth, Allan E. **Formation of Contract** [Online]. Available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>, 2019 (January, 12).
- Farnsworth, Allen E. "The Vienna Convention." **The International Lawyer** 18, 1 (1984): 17-25.
- Grotius, Hugo. **The Right of War and Peace Book II**. Indiana, IN: Liberty Fund, 2005.
- Herington, Michael J. E., and Christian Kessel. "Retention of Title in English Law." **International Company and Commercial Law Review** (1994): 335-340.
- Honnold, John O. **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1999.
- International Chamber of Commerce. **Incoterms Rule 2010** [Online]. Available URL: <https://iccwbo.org/resources-for-business/Incotermsss-rules/Incotermsss-rules-2010/>, 2019 (January, 15).

- Jitti Tingsapat. **Civil and Commercial Code Book 2 Section 354-452**. Bangkok: Thammasat University, 1983.
- _____. **Civil and Commercial Code Book 3 Section 453-536**. Bangkok: Thammasat University, 2015.
- Jutamars Nisarath. **Civil and Commercial Code: Sale Exchange Gift**. Bangkok: Ramkhamhaeng University Press, 2018.
- Korde, Reshma. "Good Faith and Freedom of Contract." **UCL Jurisprudence Review** (2000): 142-165.
- Kumchai Jongjakaporn. "Notice of the Thai Supreme Court's Judgment on International Sale Contract's Case." **Dulpaha** 47, 2 (May-August 2000): 55-66.
- _____. **International Trade Law**. Bangkok: Thammasat University, 2014.
- Monticha Pakdeekong. **Civil and Commercial Code: Sale Exchange Gift**. Bangkok: Ramkhamhaeng University Press, 2017.
- Mousourakis, George. **Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition**. Auckland, New Zealand: Springer, 2015.
- Murray, John E., Jr. **An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods** [Online]. Available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murray.html>, 2019 (January, 12).
- Pathichit Akejariyakorn. **Commentary on Sale, Exchange, Gift Law**. Bangkok: Winyuchon, 2013.
- Ratichai Rodthong. **Civil and Commercial Code: Juristic Act and Contract**. Bangkok: Ramkhamhaeng University Press, 2016.
- Sanankorn Sotthibandhu. **Commentary on Juristic Act and Contract**. Bangkok: Winyuchon, 2012.
- _____. **Commentary on Sale Exchange Gift**. Bangkok: Winyuchon, 2013.
- _____. **Introduction to Roman's Private Law**. Bangkok: Winyuchon, 2016.
- Schlechtriem, Peter and Petra Butler. **UN Law on International Sales**. Heidelberg, Germany: Springer, 2009.
- _____. **Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Vienna, Austria: Manz, 1986.

Schwenzer, Ingeborg. **Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. Oxford, England: Oxford University Press, 2016.

Sealy, Leonard S. "Risk' in the Law of Sale." **The Cambridge Law Journal** 31, 1 (April 1972): 225-247.

SeniPramoj. **Property Law Commentary on Civil and Commercial Code**. Bangkok: Chairiksh Press, 1954.

Sono, Kazuaki. **International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures**. New York: Oceana, 1986.

_____. **The Vienna Sales Convention: History and Perspective** [Online]. Available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono.html>, 2018 (December, 16).

Sopon Rattanakorn. **Commentary on Obligation Law**. Bangkok: Nitibannagarn, 2002.

Surapol Triwat. **The Work of Codification in Siam**. Bangkok: Winyuchon, 2007.

Torsello, Marco. "Transfer of Ownership and the 1980 Vienna Sales Convention: A Regretful Lack of Uniform Regulation?." **International Business Law Journal** 1, 1 (2000): 939-951.

Valioti, Zoi. **Passing of Risk in International Sale Contracts: A Comparative Examination of the Rules on Risk Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMSSS 2000** [Online]. Available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>, 2019 (January, 20).

Wisanu Kruangam. **Commentary on Civil and Commercial Code: Sale, Exchange, Gift**. Bangkok: Nitibannagarn, 2001.

Ziegel, Jacob S. **Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods** [Online]. Available URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel68.html>, 2019 (January, 19).

Civil and Commercial Code of Thailand.

Civil and Commercial Code.

Consumer Right Act 2015.

Convention on Contracts for International Sale of Goods.

Sale of Goods Act 1979.

- Aswan Engineering Establishment Co v Lupdine Ltd. [1987] 1 W.L.R. 1 at 7.
- Bramhill v Edward [2004] EWCA Civ403 at [39].
- BürgerlichesGesetzbuch [BGB], Article 242 (F.R.G.).
- Fitt v Cassanet (1842) LR 7.
- Healy v Howlett& Sons [1917] 1 KB 337.
- Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Co SA v Okta Crude Oil Refinery (No. 1) [2001] EWCA Civ406.
- May & Butcher Ltd v The King [1934] 2 KB 17.
- Netherlands Arbitration Institute Case, No. 2319.
- Queensland Electricity Generating Board v New Hope Collieries Pty Ltd [1989] 1 Lloyd's Rep 205.
- Supreme Court of the Republic of Hungary (Pratt & Whitney v. Malev).
- The Decision of The Supreme Court of Thailand, No. 779/2482.
- The Decision of The Supreme Court of Thailand, No. 927/2498.
- The Decision of The Supreme Court of Thailand, No. 6420/2539.
- The Decision of The Supreme Court of Thailand, No. 4819/2549.
- The Decision of The Supreme Court of Thailand, No. 15016/2551.
- The Decision of The Supreme Court of Thailand, No. 1834/2554.
- The Decision of The Supreme Court of Thailand, No. 1738/2558.
- Underwoods Ltd v Burgh Castle Brick & Cement Syndicate [1922] 1 KB 343.

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ:

ผู้มีเงินได้ที่เป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามสัญญาเช่า
กรณีผู้ให้เช่าจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้แก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน

สิตานันท์ ศรีวรกร

วรัญญา ตรงพิสุทธิศักดิ์

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ผู้มีเงินได้ที่เป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามสัญญาเช่า กรณีผู้ให้เช่าจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้แก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน

สิตานันท์ ศรีวรรกร*

Sitanan Sriworakorn

วรัญญา ตรงพิสุทธิ์ศักดิ์**

Waranya Trongpisutsak

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 575/2560

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1229, 1336, 1417

ประมวลรัษฎากร มาตรา 39, 40 (5), 56, 61

อย่างที่คุณผู้อ่านคงทราบกันดีอยู่แล้วว่าโครงสร้างของกฎหมายภาษีอากรแต่ละประเภท มักจะประกอบด้วย 6 ส่วน คือ 1. ผู้เสียภาษี 2. ฐานภาษี 3. อัตราภาษี 4. วิธีเสียภาษี 5. วิธีหาข้อยุติใน

*ผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 72 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง (เกียรตินิยมอันดับ 2), น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in International and Comparative Law, Southern Methodist University, LL.M. in International Taxation Law, University of Florida, เนติบัณฑิตมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เนติบัณฑิตยสภาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย. E-mail: sitanan.swk@gmail.com.

Judge Trainee Badge 72 at the Judicial Training Institute, LL.B. (Second-class honor) Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International and Comparative Law at Southern Methodist University, LL.M. in International Taxation Law at University of Florida, Admitted to California Bar of the State Bar of California, USA.

**ผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 71 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (เกียรตินิยมอันดับ 2), น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in Public Law (with Merit), London School of Economics and Political Science. E-mail: waranyatrong@gmail.com.

Judge Trainee Badge 71 at the Judicial Training Institute, LL.B. (Second-class honor) Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in Public Law (with Merit) at London School of Economics and Political Science, UK.

ปัญหาภาษีที่เกิดขึ้น และ 6. การบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายภาษีอากร¹ สำหรับภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา “ผู้เสียภาษี” ได้แก่ 1. บุคคลธรรมดา 2. ห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือคณะบุคคลที่มีใช่นิติบุคคล 3. ผู้ถึงแก่ความตายระหว่างปีภาษี และ 4. กองมรดกที่ยังมิได้แบ่งซึ่งไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือคณะบุคคลที่มีใช่นิติบุคคล ผู้ถึงแก่ความตายระหว่างปีภาษี หรือกองมรดกที่ยังมิได้แบ่งก็ตาม หลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งของผู้มีหน้าที่ยื่นแบบแสดงรายการเพื่อเสียภาษีและหน้าที่เสียภาษี คือ จะต้องเป็น “ผู้มีเงินได้”² การเป็น “ผู้มีเงินได้” ไม่ได้เพียงส่งผลกระทบต่อหน้าที่ยื่นแบบแสดงรายการเพื่อเสียภาษีและหน้าที่เสียภาษีเท่านั้น หากแต่การเป็น “ผู้มีเงินได้” ยังเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวเป็น “ผู้มีสิทธิขอคืนภาษี” หรือไม่อีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากผู้มีสิทธิขอคืนภาษีต้องเป็นผู้ที่ถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายและนำส่งเกินกว่าที่ควรต้องเสีย หรือนำส่งภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาไว้เกินไป เนื่องจากการยื่นแบบแสดงรายการและชำระ หรือเนื่องจากการประเมินภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของเจ้าพนักงานประเมิน หรือกรณีที่ไม่มีความจำเป็นต้องเสีย ตามมาตรา 27 ทรี และมาตรา 63 แห่งประมวลรัษฎากร

โดยหลักแล้ว “เงินได้” ในความหมายของภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา หมายถึงเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 39 ซึ่งโดยหลักเงินได้พึงประเมินจะต้องเป็นสิ่งที่ได้รับมาจริง เว้นแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่นที่แม้จะไม่ได้รับเงินได้พึงประเมินจริง แต่กฎหมายก็ถือว่าได้รับเงินได้พึงประเมิน (Deemed Income) ดังนั้น กรณีที่เป็นเงินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้เนื่องจากการให้เช่าทรัพย์สินซึ่งเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (5) (ก) ก็ต้องเป็นเงินหรือประโยชน์ที่ได้รับจริง

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนอยากให้ผู้อ่านลองพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้ซึ่งมีการตีความคำว่าผู้มีเงินได้ไว้อย่างน่าสนใจ

¹ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 12 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรุงสยามพับลิชชิ่ง, 2561), หน้า 3.

²กรณีบุคคลธรรมดา มาตรา 56 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ให้บุคคลทุกคน...ยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินที่ตนได้รับในระหว่างปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว พร้อมทั้งข้อความอื่นๆ ภายในเดือนมีนาคมทุกๆ ปี... (1) ไม่มีสามีหรือภริยา และมีเงินได้พึงประเมิน... (2) ไม่มีสามีหรือภริยาและมีเงินได้พึงประเมิน... (3) มีสามีหรือภริยาและมีเงินได้พึงประเมิน... หรือ (4) มีสามีหรือภริยาและมีเงินได้พึงประเมิน...” กรณีห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือคณะบุคคลที่มีใช่นิติบุคคล มาตรา 56 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีห้างหุ้นส่วนสามัญหรือคณะบุคคลที่มีใช่นิติบุคคลมีเงินได้พึงประเมิน...” กรณีผู้ถึงแก่ความตายระหว่างปีภาษี มาตรา 57 ทวิ วรรคหนึ่ง “ถ้าผู้มีเงินได้พึงประเมิน...ถึงแก่ความตายเสียก่อน...” กรณีกองมรดกที่ยังมิได้แบ่ง มาตรา 57 ทวิ วรรคสอง บัญญัติว่า “...ถ้ากองมรดกของผู้ตายยังมีได้แบ่ง และมีเงินได้พึงประเมิน...”

ข้อเท็จจริง: คดีนี้โจทก์ทั้งสามเป็นผู้เยาว์ มีนางสาวปฐมา มารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม วันที่ 7 กรกฎาคม 2554 นาง พ. เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดเลขที่ 1561 ตำบลบางนา อำเภอพระโขนง กรุงเทพมหานครทำสัญญาให้บริษัท บ. เช่า มีกำหนดระยะเวลาเช่า 30 ปี นับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2557 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2586 ตามสัญญาเช่าที่ดินดังกล่าว บริษัท บ. ตกลงชำระค่าหน้าดิน จำนวน 87,500,000 บาท โดยแบ่งชำระรวม 5 งวด งวดที่ 1 เป็นเงินมัดจำที่ผู้เช่าได้มอบชำระไว้แล้ว งวดที่ 2 ชำระภายในวันที่ 31 กรกฎาคม 2554 งวดที่ 3 ชำระภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2554 งวดที่ 4 ชำระภายในวันที่ 31 กรกฎาคม 2555 และงวดที่ 5 ชำระภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2555

ในวันเดียวกันภายหลังที่นาง พ. ทำสัญญาเช่ากับ บริษัท บ. นาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินในที่ดินดังกล่าวแก่โจทก์ทั้งสาม ซึ่งมีฐานะเป็นหลานโดยเป็นบุตรของนางสาวปฐมา บุตรของนาง พ. ตามหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินและในวันทำสัญญาเช่าที่ดินดังกล่าว บริษัท บ. ตกลงจ่ายค่าหน้าดินและค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสามในฐานะผู้ทรงสิทธิเก็บกิน และมีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายตามกฎหมาย³ ตามสัดส่วนที่ได้ตกลงกันตามข้อตกลงเพิ่มเติม หลังจากนั้นบริษัทได้จ่ายเงินค่าหน้าดินงวดที่ 2 (ในวันที่ 31 กรกฎาคม 2554) และงวดที่ 3 (ในวันที่ 31 ธันวาคม 2554) ให้แก่โจทก์ทั้งสามในฐานะผู้ทรงสิทธิเก็บกิน พร้อมหักภาษี ณ ที่จ่าย นำส่งกรมสรรพากรแล้ว

โจทก์ทั้งสามนำเงินค่าหน้าดินที่ได้รับมาคิดเฉลี่ยเพื่อยื่นเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา โดยโจทก์ทั้งสามนำเงินค่าหน้าดินที่ได้รับมาเฉลี่ยตามจำนวนปีแห่งอายุการเช่า 30 ปีตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ผู้มีเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สินไม่ยื่นรายการเงินได้ให้ครบถ้วน ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2528 และยื่นแบบ ภ.ง.ด. 93 (รายการตามแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา สำหรับใช้ยื่นก่อนถึงกำหนดเวลายื่นแบบแสดงรายการ)⁴ ให้แก่กรมสรรพากร

ต่อมาในวันที่ 30 มีนาคม 2555 โจทก์ทั้งสามยื่นแบบ ภ.ง.ด. 90 (แบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับผู้มีเงินได้กรณีทั่วไป หรือ เพื่อขอคืนเงินภาษีอากรประเภทเงินได้บุคคลธรรมดา) ปีภาษี 2554 ที่บริษัท บ. หักภาษี ณ ที่จ่ายไว้ และนำส่งกรมสรรพากรแล้วตามหนังสือรับรองการหักภาษี ณ ที่จ่าย เพื่อขอคืนเงินภาษี

³การหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 3 เตรีส และคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 เรื่อง สั่งให้ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 แห่งประมวลรัษฎากร มีหน้าที่ หักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย ลงวันที่ 26 กันยายน พ.ศ.2528 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

⁴“ก่อนถึงกำหนดเวลายื่นแบบแสดงรายการ” หมายถึง ก่อนถึงกำหนดเวลายื่นรายการตามความในมาตรา 56 ซึ่งประมวลรัษฎากร มาตรา 52 ทวิ กำหนดว่ากรณีที่มีเงินได้พึงประเมินประเภทที่ไม่ต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ถ้ามีเงินได้พึงประเมินตั้งแต่ 10,000 บาทขึ้นไป จะนำภาษีตามเกณฑ์ในมาตรา 48 ไปชำระต่ออำเภอ ณ ที่ว่าการอำเภอพร้อมกับการยื่นรายการตามแบบที่อธิบดีกำหนดก็ได้

กรมสรรพากรมีหนังสือถึงโจทก์ทั้งสามแจ้งไม่คืนเงินภาษีอากรให้แก่โจทก์ทั้งสาม: โดยกรมสรรพากรเห็นว่าตามหลักฐานการจดทะเบียนสิทธิเก็บกินให้แก่โจทก์ทั้งสามนั้น สิทธิเก็บกินดังกล่าว มีผลตามกฎหมายตั้งแต่วันที่ 29 มีนาคม 2555 เงินค่าเช่าจึงเป็นเงินได้พึงประเมินของนาง พ. ซึ่งมีหน้าที่ต้องยื่นแบบแสดงรายการเพื่อเสียภาษีในนามของตนเองตามมาตรา 56 แห่งประมวลรัษฎากร

โจทก์ทั้งสามยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่คืนเงินภาษีอากร

คณะกรรมการอุทธรณ์มีหนังสือถึงโจทก์ทั้งสามแจ้งผลการวินิจฉัยอุทธรณ์: โดยกรมสรรพากรเห็นว่านาง พ. ทำสัญญาให้บริษัท บ. เช่าที่ดินในนามของตนเอง ตามสัญญาลงวันที่ 7 กรกฎาคม 2554 เงินได้ที่เกิดจากการให้เช่าจึงต้องถือเป็นของผู้ให้เช่า แม้จะมีข้อตกลงเพิ่มเติมทำสัญญาให้ผู้เช่าจ่ายเงินค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสามโดยตรง ก็เป็นเพียงการแบ่งเงินที่นาง พ. จะได้รับตามสัญญาเช่าดังกล่าวเท่านั้น เงินได้ค่าเช่าที่ดินได้รับในปีภาษี 2554 จึงเป็นเงินได้พึงประเมินของนาง พ. ตามมาตรา 61 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งบริษัทจะต้องออกหนังสือรับรองการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายให้แก่นาง พ. เพื่อนำไปยื่นแบบแสดงรายการเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาในนามของตนเอง การแจ้งไม่คืนเงินภาษีอากรของสำนักงานสรรพากรจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

โจทก์ทั้งสามไม่เห็นพ้องด้วย จึงยื่นฟ้องกรมสรรพากรเป็นจำเลยต่อศาลภาษีอากรกลาง: โจทก์ทั้งสามฟ้องขอให้เพิกถอนหนังสือแจ้งไม่คืนเงินภาษีอากรให้จำเลยคืนเงินภาษีหัก ณ ที่จ่าย ปีภาษี 2554 ให้แก่โจทก์ทั้งสาม พร้อมดอกเบี้ยตามกฎหมายของต้นเงินที่ขอคืนของโจทก์แต่ละคน นับตั้งแต่วันที่ 30 มีนาคม 2555 เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์ทั้งสาม

คำให้การของจำเลย: จำเลยให้การขอให้ยกฟ้อง

คำพิพากษาศาลภาษีอากรกลาง: พิพากษายกฟ้อง ค่าฤชาธรรมเนียมให้เป็นพับ

โจทก์ทั้งสามอุทธรณ์

จำเลยให้การแก้อุทธรณ์

คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีภาษีอากร: จากคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีภาษีอากรสรุปความได้ว่า การที่นาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินแก่โจทก์ทั้งสามในวันทำสัญญาเช่าโดยผู้ให้เป็นเจ้าของที่ดินมีโฉนด ตกลงให้ผู้รับมีสิทธิเก็บกินในที่ดินดังกล่าวตลอดชีวิตของผู้รับ แต่นาง พ. และโจทก์ทั้งสามเพิ่งไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายหลังจากการทำสัญญาเช่าระหว่างนาง พ. กับบริษัท บ. ย่อมแสดงให้เห็นว่านาง พ. เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้ทำสัญญาให้ผู้เช่าที่ดินแก่ผู้เช่าเพื่อหวังค่าเช่าจากผู้เช่า โดยต้องการที่จะให้โจทก์ทั้งสามมีสิทธิได้ดอกผลที่ดินนี้คือค่าเช่าที่นาง พ. ทำไว้กับผู้เช่า เพื่อประโยชน์แก่โจทก์ทั้งสามในฐานะผู้ทรงสิทธิเก็บกินบนที่ดินดังกล่าวอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเก็บกิน ซึ่งโจทก์ทั้งสามได้สิทธิเก็บกินมาโดยทางนิติกรรมภายหลังจากที่

นาง พ. ทำสัญญาเช่ากับผู้เช่า ดังนั้น เงินค่าหน้าดินที่ผู้เช่าตกลงชำระให้แก่โจทก์ทั้งสามในปีภาษี 2554 จึงเป็นเงินได้ของนาง พ. หาใช้ของโจทก์ทั้งสามดังที่โจทก์ทั้งสามอุทธรณ์ไม่ ซึ่งบริษัทจะต้องออกหนังสือรับรองการหักภาษี ณ ที่จ่าย ให้แก่นาง พ. โจทก์ทั้งสามไม่ใช้คู่สัญญา กับบริษัท บ. โจทก์ทั้งสามจึงไม่ถือเป็นผู้มีเงินได้ที่เงินค่าหน้าดินจากบริษัทดังกล่าวโดยตรง “ผู้มีเงินได้” ตามสัญญาเช่าพิพาทระหว่างนาง พ. กับบริษัท บ. คือนาง พ. ซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาเช่า หาใช้ของโจทก์ทั้งสาม ซึ่งไม่ใช้คู่สัญญาตามสัญญาเช่าไม่ โจทก์ทั้งสามเป็นเพียงผู้รับเงินค่าเช่าแทนนาง พ. ผู้ให้เช่า เท่านั้น โจทก์ทั้งสามหาใช่ “ผู้ให้เช่า” ที่ดินดังกล่าวไม่ โจทก์ทั้งสามจึงไม่มีสิทธิขอคืนภาษี ที่ศาลภาษีอากรกลาง วินิจฉัยว่า โจทก์ทั้งสามไม่ใช่ “ผู้ให้เช่าที่ดิน” ที่จะใช้สิทธิประโยชน์ตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ผู้มีเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สินไม่ยื่นรายการเงินได้ให้ครบถ้วน ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2528 มา นั้น ศาลฎีกาแผนกคดีภาษีอากรเห็นพ้องด้วย อุทธรณ์ของโจทก์ทั้งสามฟังไม่ขึ้นพิพากษายืน ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นอุทธรณ์ให้เป็นพับ

วิเคราะห์เหตุผลของคำพิพากษาศาลฎีกาและข้อสังเกตผู้เขียน

คดีนี้ สังเกตได้ว่าตามข้อเท็จจริง วันที่ 7 กรกฎาคม 2554 นาง พ. ได้ทำสัญญาให้บริษัท บ. เช่าที่ดินมีโฉนดเป็นระยะเวลา 30 ปี นับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2557 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2586 ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงยุติเพียงเท่านั้น คงไม่มีประเด็นต้องพิพาทว่าใครเป็น “ผู้มีเงินได้” ตามสัญญาเช่า เพราะตามสัญญาเช่าระบุไว้ชัดเจนแล้วว่า ผู้ให้เช่าที่มีสิทธิได้รับเงินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้เนื่องจากการให้เช่าทรัพย์สินคือนาง พ. อย่างไรก็ตาม คดีนี้มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าในวันเดียวกันที่นาง พ. ทำสัญญาเช่านั้น นาง พ. ได้ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินบนที่ดินดังกล่าวแก่โจทก์ทั้งสาม ซึ่งเป็นหลาน (นาง พ. มีความสัมพันธ์เป็นยาย-หลานกับโจทก์ทั้งสาม) โดยบริษัท บ. ได้ตกลงจ่ายค่าหน้าดินและค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสามในฐานะผู้ทรงสิทธิเก็บกินโดยตรงและบริษัท บ. มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายตามกฎหมายตามสัดส่วนที่ได้ตกลงกันตามข้อตกลงเพิ่มเติมทำสัญญาเช่า ทั้งนี้ นาง พ. และโจทก์ทั้งสามยังไม่ได้ไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จนกระทั่งวันที่ 29 มีนาคม 2555 ต่อมาเมื่อบริษัท บ. ได้จ่ายค่าหน้าดินแก่โจทก์ทั้งสาม และหักภาษี ณ ที่จ่ายนำส่งกรมสรรพากรในปี 2554 โจทก์ทั้งสามได้นำเงินค่าหน้าดินที่ได้รับมาคิดเฉลี่ยเพื่อยื่นเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ผู้มีเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สินไม่ยื่นรายการเงินได้ให้ครบถ้วน ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2528⁵ และได้ยื่นรายการตามแบบ ภ.ง.ด. 93 ชำระภาษีเป็นการล่วงหน้า

ต่อมาวันที่ 30 มีนาคม 2555 โจทก์ทั้งสามยื่นแบบ ภ.ง.ด. 90 เพื่อขอคืนภาษีอากรประเภทเงินได้บุคคลธรรมดาปีภาษี 2554 ที่บริษัท บ. หักภาษี ณ ที่จ่ายไว้ และนำส่งกรมสรรพากร แต่กรมสรรพากรมีหนังสือแจ้งไม่คืนเงินภาษีอากรให้กับโจทก์ทั้งสาม และเมื่อโจทก์ทั้งสามอุทธรณ์ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยยื่นไม่คืนเงินภาษีอากรให้แก่โจทก์ทั้งสาม โจทก์ทั้งสามจึงยื่นฟ้องกรมสรรพากรเป็นคดีต่อศาลภาษีอากรกลางขอให้เพิกถอนหนังสือแจ้งไม่คืนเงินภาษี ให้กรมสรรพากรคืนเงินภาษีหัก ณ ที่จ่าย พร้อมดอกเบี้ย

ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในว่า ในปีภาษี 2554 ใครคือ “ผู้มีเงินได้” ตามสัญญาเช่าดังกล่าว ระหว่าง นาง พ. ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์และคู่สัญญาตามสัญญาเช่า หรือ โจทก์ทั้งสาม ในฐานะผู้ทรงสิทธิเก็บกินและผู้ได้รับชำระค่าหน้าดินและค่าเช่าตามสัญญาเช่า เนื่องจากผู้มีสิทธิขอคืนเงินภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาในกรณีนี้ต้องเป็นผู้มีเงินได้ที่ถูกบริษัท บ. หักภาษี ณ ที่จ่าย

⁵ตามประกาศดังกล่าว กระทรวงการคลังเห็นว่าผู้ให้เช่าที่ได้รับเงินกินเปล่า เงินแป๊ะเจี๊ยะ เงินค่าปลูกสร้าง เงินค่าซ่อมแซม หรือได้รับกรรมสิทธิ์ในอาคารหรือโรงเรือน มักเป็นกรณีที่ผู้ให้เช่าจะต้องยอมให้ผู้เช่าเช่าอาคารหรือโรงเรือนเป็นระยะเวลานาน เช่น 10 ปี 20 ปี หรือ 30 ปี เป็นต้น ซึ่งถ้าผู้ให้เช่าจะต้องรับภาระเสียภาษีเงินได้จากจำนวนเงินกินเปล่า เงินแป๊ะเจี๊ยะ เงินค่าปลูกสร้าง เงินค่าซ่อมแซม หรือค่าเช่าอาคารหรือโรงเรือนที่ได้รับกรรมสิทธิ์นั้นทั้งหมดในปีเดียวกับที่ได้รับเงินหรือประโยชน์ดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมจะเป็นภาระหนักแก่ผู้ให้เช่ามิใช่น้อย ดังนั้น เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษีของผู้เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา และเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้มีเงินได้ซึ่งมีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาดังกล่าวเสียภาษีโดยถูกต้องตามกฎหมาย กระทรวงการคลังจึงยอมให้ “ผู้ให้เช่า” ซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ที่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา มีสิทธิเฉลี่ยเงินกินเปล่า เงินแป๊ะเจี๊ยะ เงินค่าปลูกสร้าง เงินค่าซ่อมแซม และค่าเช่าอาคารหรือโรงเรือนที่ได้รับกรรมสิทธิ์นั้น ตามส่วนแห่งจำนวนปีของอายุการเช่า ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่ผู้มีเงินได้ดังกล่าวได้ยื่นรายการเงินได้ และชำระภาษีเงินได้จากเงินกินเปล่าที่เฉลี่ยเป็นรายปีตามจำนวนปีของอายุการเช่าเป็นการล่วงหน้าให้เสร็จสิ้นไปในปีที่ได้รับเงินได้พึงประเมินนั้น (หมายเหตุ: ปัจจุบันมีประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง การเสียภาษีเงินได้ของผู้มีเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สินที่ได้รับ เงินกินเปล่า เงินแป๊ะเจี๊ยะ เงินค่าปลูกสร้าง เงินค่าซ่อมแซม หรือค่าเช่าอาคารหรือโรงเรือนที่ได้รับกรรมสิทธิ์ หรือเงินได้อื่นในลักษณะทำนองเดียวกัน ลงวันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ.2558 และคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.151/2558 เรื่อง การเสียภาษีเงินได้กรณีเงินกินเปล่าหรือเงินได้อื่นในลักษณะทำนองเดียวกัน ลงวันที่ 23 กรกฎาคม พ.ศ.2558 ออกมาเพื่อใช้สำหรับเงินได้พึงประเมินที่ได้รับตั้งแต่ปีภาษี 2557 ซึ่งต้องยื่นรายการในปี 2558 เป็นต้นไป ซึ่งมีกำหนดเรื่องการยอมให้ผู้ให้เช่าซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ที่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเฉลี่ยเงินได้หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้รับเนื่องจากการให้เช่าสังหาริมทรัพย์เป็นรายปีตามจำนวนปีของอายุการเช่า ในสาระสำคัญสอดคล้องกับที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ผู้มีเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สินไม่ยื่นรายการเงินได้ให้ครบถ้วนลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2528).

เมื่อพิจารณาความตอนหนึ่งของคำแก้อุทธรณ์ของจำเลยที่ว่า “...แต่เมื่อสิทธิเก็บกินยังมิได้ จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การได้มาซึ่งสิทธิเก็บกินอันเป็นทรัพย์สินของโจทก์ทั้งสาม จึงยังไม่บริบูรณ์ตามกฎหมาย โจทก์ทั้งสามยังไม่อาจถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ การที่ผู้เช่าจ่าย ค่าหน้าดินให้แก่โจทก์ทั้งสามในวันที่ 31 กรกฎาคม 2554 และวันที่ 31 ธันวาคม 2554 ถือได้แต่เพียงว่าเป็นการรับชำระหนี้ตามสัญญาเช่าเท่านั้น ค่าหน้าดินจึงเป็นเงินได้ของนาง พ. ซึ่งเป็น ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา... โจทก์ทั้งสามยังไม่อาจถือเอาประโยชน์จากค่าหน้าดิน เนื่องจากสิทธิเก็บกินยังไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย นาง พ. จึงเป็นผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 61(1) เนื่องจากเป็นเจ้าของทรัพย์สินอันระบุในหนังสือสำคัญ...” และความตอนหนึ่งของ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ว่า “...โจทก์ทั้งสามได้สิทธิเก็บกินมาโดยทางนิติกรรมภายหลังจากที่นาง พ. ทำสัญญาเช่ากับผู้เช่า ดังนั้น ผู้มีเงินได้ตามสัญญาเช่าพิพาทระหว่างนาง พ. กับบริษัท บ. คือนาง พ. ซึ่งเป็น คู่สัญญาเช่า หากโจทก์ทั้งสามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาเช่าไม่ โจทก์ทั้งสามเป็นเพียงผู้รับเงินค่าแทนนาง พ. ผู้ให้เช่าเท่านั้น โจทก์ทั้งสามหาใช่ผู้ให้เช่าที่ดินดังกล่าวไม่... ซึ่งบริษัท บ. จะต้องออกหนังสือรับรอง การหักภาษี ณ ที่จ่าย ให้แก่นาง พ. โจทก์ทั้งสามไม่ใช่คู่สัญญากับบริษัท บ. โจทก์ทั้งสามจึงไม่ถือเป็น ผู้มีเงินได้ที่เงินค่าหน้าดินจากบริษัท บ. ดังกล่าวโดยตรง โจทก์ทั้งสามจึงไม่มีสิทธิขอคืนภาษีที่ ศาลภาษีอากรกลางวินิจฉัยว่า โจทก์ทั้งสามไม่ใช่ผู้ให้เช่าที่ดินที่จะใช้สิทธิประโยชน์ตามประกาศ กระทรวงการคลัง เรื่อง ผู้มีเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สินไม่ยื่นรายการเงินได้ให้ครบถ้วน ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2528 มา นั้น ศาลฎีกาแผนกคดีภาษีอากรเห็นพ้องด้วย...” ผู้เขียนจึงขอตั้งข้อสังเกตเป็น ประเด็นคำถาม ดังนี้

1. การที่นาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินบนที่ดินแก่โจทก์ทั้งสาม แต่ยังไม่ได้ไป จดทะเบียนสิทธิเก็บกินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทำให้การได้มาซึ่งสิทธิเก็บกินของโจทก์ทั้งสามมี ฐานะเป็นเพียงบุคคลสิทธิ นั้น จะมีผลให้โจทก์ทั้งสามถือเอาประโยชน์จากที่ดินโดยรับเงินค่าหน้าดิน ตามสัญญาเช่าจากบริษัท บ. ในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิด้วยตนเอง หรือเป็นผู้รับเงินได้แทนนาง พ.

2. การที่นาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินบนที่ดินแก่โจทก์ทั้งสาม แต่ยังไม่ได้ไป จดทะเบียนสิทธิเก็บกินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยมีข้อตกลงเพิ่มเติมท้ายสัญญาเช่าให้บริษัท บ. ชำระค่าหน้าดินและค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสามโดยตรงนั้น จะมีผลทำให้โจทก์ทั้งสามมีฐานะเป็น “ผู้ให้เช่า” ซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ที่มิหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา อันจะมีสิทธิใช้สิทธิ ประโยชน์การเฉลี่ยเงินได้หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้รับเนื่องจากการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เป็น รายปีตามจำนวนปีของอายุการเช่าตาม “ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ผู้มีเงินได้จากการให้ เช่าทรัพย์สินไม่ยื่นรายการเงินได้ให้ครบถ้วน ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2528” หรือไม่

3. การที่นาง พ. เป็น “ผู้มีชื่อ” ในหนังสือสัญญาเช่าอันเป็นหนังสือสำคัญแสดงว่านาง พ. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดิน และที่ดินมีโฉนดดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดเงินได้พึงประเมิน จะมีผลทำให้นาง พ. เป็นผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร หรือไม่

ประการแรก ในส่วนที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการที่นาง พ. ไม่ได้จดทะเบียนสิทธิไถ่กินให้แก่โจทก์ทั้งสามต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ทำให้สิทธิไถ่กินไม่บริบูรณ์นั้น ศาสตราจารย์พิเศษชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม มีความเห็นว่า นาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิไถ่กินบนที่ดินแก่โจทก์ทั้งสามและบริษัท บ. ตกลงจ่ายค่าหน้าดินและค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสามในฐานะผู้ทรงสิทธิไถ่กิน **ผู้มีเงินได้จากค่าเช่าที่แท้จริง จึงได้แก่โจทก์ทั้งสาม** นาง พ. มิได้รับเงินค่าเช่า การไปจดทะเบียนสิทธิไถ่กินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายหลังจากการทำสัญญาเช่าแล้ว**ไม่น่า**จะเป็นเหตุทำให้โจทก์ทั้งสามซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ที่แท้จริงกลายเป็นตัวแทนการรับเงินของนาง พ. เพราะสิทธิไถ่กินได้มาโดยทางนิติกรรมเท่านั้น ไม่อาจได้มาโดยทางอื่น จึงต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง คือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่จดทะเบียนก็ไม่ตกเป็นโมฆะเพียงแต่ไม่บริบูรณ์ยังคงใช้บังคับได้กับคู่กรณีในฐานะบุคคลสิทธิ และยอมไถ่กินบริษัท บ. ผู้เช่า ได้ เพราะบริษัท บ. ได้ตกลงจ่ายค่าหน้าดินและค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสาม เมื่อโจทก์ทั้งสามเป็นผู้มีเงินได้ที่แท้จริง การที่บริษัท บ. ออกหนังสือรับรองการหักภาษี ณ ที่จ่ายให้แก่โจทก์ทั้งสาม จึงไม่เป็นการออกหนังสือรับรองผิดหน่วยภาษี โจทก์ทั้งสามจึงมีสิทธิขอคืนภาษี⁶ ซึ่งหากพิจารณาตามความเห็นของศาสตราจารย์พิเศษชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม ข้างต้นแล้ว อาจสรุปได้ว่า ในปีภาษี 2554 แม้ปรากฏข้อเท็จจริงเพียงว่านาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิไถ่กินแก่โจทก์ทั้งสามโดยยังไม่ได้ไปจดทะเบียนสิทธิไถ่กินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อันจะทำให้สิทธิไถ่กินไม่บริบูรณ์ในฐานะทรัพย์สิน สิทธิไถ่กินดังกล่าวก็ยังคงบริบูรณ์ในฐานะบุคคลสิทธิที่จะบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา ซึ่ง**ผู้เขียนเห็นด้วยกับ**แนวทางการตีความดังกล่าวที่นำหลักในมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง มาวินิจฉัยว่าสิทธิไถ่กินของโจทก์ทั้งสามเกิดขึ้นแล้วในฐานะเป็นบุคคลสิทธิ แม้จะยังไม่ได้นำไปจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตาม

ต่อมาในส่วนที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ทั้งสามได้สิทธิไถ่กินมาโดยทางนิติกรรมภายหลังจากที่นาง พ. ทำสัญญาเช่ากับผู้เช่า ดังนั้น ผู้มีเงินได้ตามสัญญาเช่าพิพาทระหว่างนาง พ. กับบริษัท บ. คือนาง พ. ซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาเช่า หากโจทก์ทั้งสามซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาตามสัญญาเช่าไม่ โจทก์ทั้งสามเป็นเพียงผู้รับเงินค่าเช่าแทนนาง พ. ผู้ให้เช่า เท่านั้น **ผู้เขียนเห็นว่า** เมื่ออสังหาริมทรัพย์ได้อยู่ในบังคับแห่งสิทธิไถ่กิน ผู้ทรงสิทธิไถ่กินย่อมมีสิทธิครอบครอง ใช้ และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่ง

⁶ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, คำบรรยายวิชากฎหมายภาษีอากร ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2561), หน้า 182-183.

ทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1417 วรรคหนึ่ง ซึ่งโดยลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของกรรมสิทธิ์กับผู้ทรงสิทธิเก็บกินมิใช่รูปแบบที่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินเป็น ‘ตัวแทน’ หรือรับผลประโยชน์ใดๆ แทนในนามเจ้าของกรรมสิทธิ์ หากแต่เป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งตีความว่า ตราบไต่ที่สิทธิเก็บกินยังไม่สิ้นไป ผู้ทรงสิทธิเก็บกินแต่ผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิครอบครอง ใช้ และถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น โดยเจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิเช่นนั้นด้วยไม่

ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15033/2555 มีใจความว่า เมื่อเจ้าของที่ดินมีโฉนดจดทะเบียนให้ ส. และ บ. เป็นผู้ทรงสิทธิเก็บกินในที่ดินตลอดชีวิต ส. และ บ. จึงเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง ใช้ และถือเอาประโยชน์จากที่ดินนั้นตามหลักในมาตรา 1417 วรรคหนึ่ง ตราบไต่ที่สิทธิเก็บกินของ ส. และ บ. ยังไม่สิ้นไป เจ้าของกรรมสิทธิ์จึงหาสิทธิเช่นนั้นด้วยไม่ การบอกเลิกสัญญาเช่าหรือฟ้องขับไล่ผู้เช่าเป็นอำนาจจัดการทรัพย์สินของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินย่อมไม่มีสิทธิดังกล่าว ดังนั้น สิทธิเก็บกินจึงเป็นสิทธิโดยเฉพาะของผู้ทรงสิทธิซึ่งทำให้เจ้าของกรรมสิทธิ์สูญเสียอำนาจในการใช้สิทธินั้นโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ ตราบไต่ที่สิทธิเก็บกินยังไม่สิ้นไป กรณีแตกต่างจากความสัมพันธ์อย่างตัวการตัวแทนที่ตัวแทนเพียงมีอำนาจทำการแทนตัวการภายในขอบอำนาจที่ได้รับมาโดยไม่มีสิทธิใดๆ เป็นของตนเองโดยเฉพาะ

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้เขียนเห็นว่า นับแต่เวลาที่นาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินบนที่ดินพิพาทแก่โจทก์ทั้งสาม โจทก์ทั้งสามในฐานะผู้ทรงสิทธิเก็บกินย่อมเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง ใช้ และถือเอาประโยชน์จากที่ดินนั้นแต่เพียงผู้เดียว เท่ากับว่าโจทก์ทั้งสามมีสิทธิโดยเด็ดขาดในการรับเงินค่าหน้าดินและค่าเช่าตามสัญญาเช่าที่นาง พ. ทำกับบริษัท บ. และแม้สิทธิดังกล่าวจะยังไม่บริบูรณ์ในฐานะทรัพย์สินที่สามารถขายกับบุคคลภายนอกได้ แต่สิทธิดังกล่าวก็สมบูรณ์ในฐานะบุคคลสิทธิ ต่อให้บริษัท บ. ไม่ได้จ่ายเงินให้โจทก์ทั้งสามดังข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้ แต่จ่ายให้นาง พ. ผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่า โจทก์ทั้งสามก็ยังสามารถยกสิทธิเก็บกินที่เป็นบุคคลสิทธิขึ้นอ้างยันกับนาง พ. เพื่อเรียกให้นาง พ. ส่งมอบค่าหน้าดินและค่าเช่าตามสัญญาเช่าแก่โจทก์ทั้งสามได้ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าโจทก์ทั้งสามจึงเป็น “ผู้มีเงินได้” ตามสัญญาเช่า หากใช่เป็นเพียงผู้รับเงินค่าเช่าแทนนาง พ. ตามคำให้การแก้ข้อเท็จจริงของจำเลยที่ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วยไม่ และเมื่อโจทก์ทั้งสามเป็นผู้มีเงินได้ตามสัญญาเช่า โจทก์ทั้งสามจึงเป็นผู้มีสิทธิขอคืนเงินภาษีอากรที่ถูกหัก ณ ที่จ่าย โดยบริษัท บ.

ประการที่สอง การที่ศาลภาษีอากรกลางและศาลฎีกาแผนกคดีภาษีอากรวินิจฉัยว่าโจทก์ทั้งสามไม่ใช่ผู้ให้เช่าที่ดินที่จะใช้สิทธิประโยชน์ตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ผู้มีเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สินไม่ยื่นรายการเงินได้ให้ครบถ้วน ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2528 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อโจทก์ทั้งสามเป็นผู้ทรงสิทธิเก็บกินในอันที่จะถือเอาประโยชน์จากที่ดินแต่เพียงผู้เดียว โดยนาง พ. ไม่มี

สิทธิดังกล่าวอีกต่อไปตราบเท่าที่สิทธิเก็บกินของโจทก์ทั้งสามยังคงอยู่ ทั้งข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่า บริษัท บ. จ่ายเงินค่าหน้าดินและค่าเช่าตามสัญญาเช่า ให้แก่โจทก์ทั้งสามมาโดยตลอด ย่อมกล่าวได้ว่าโจทก์ทั้งสามเป็นบุคคลที่บริษัท บ. ผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการที่บริษัท บ. ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในที่ดิน

นอกเหนือไปจากประเด็นข้อพิพาทตามคำฟ้องและคำให้การในคดีนี้แล้ว ผู้เขียนยังเห็นว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวยังอาจพิจารณาจากมุมมองทางหนึ่งผ่านหลักกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ได้ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคสาม วางหลักว่าการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ให้บังคับด้วยบทบัญญัติว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งมาตรา 306 วรรคหนึ่ง วางหลักเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องว่าการโอนหนี้ที่ต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ต้องทำเป็นหนังสือจึงจะสมบูรณ์ และจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อมีการบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือในการโอนนั้น โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2554 หลังจากที่นาง พ. ทำสัญญาเช่ากับบริษัท บ. แล้ว นาง พ. ได้ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินในที่ดินพิพาทแก่โจทก์ทั้งสาม ผู้เขียนจึงขอตั้งข้อสังเกตเป็นประเด็นพิจารณาว่าจะเป็นไปได้หรือไม่ที่จะตีความว่าการทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินแสดงถึงเจตนาว่านาง พ. ต้องการให้โจทก์ทั้งสามได้รับประโยชน์จากค่าหน้าดินและค่าเช่าที่ดินพิพาทตามสัญญาเช่า กรณีจึงอาจถือได้ว่าหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินนี้เป็นหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องจากนาง พ. (เจ้าหนี้เดิม) ไปยังโจทก์ทั้งสาม (เจ้าหนี้ใหม่) ส่วนข้อตกลงเพิ่มเติมท้ายสัญญาเช่าที่บริษัท บ. ตกลงชำระค่าหน้าดินและค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสาม ย่อมถือได้ว่าเป็นกรณีที่บริษัท บ. ลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือในการโอนนั้น หนังสือสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าว ทำให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้จากนาง พ. เป็นโจทก์ทั้งสาม หากตีความได้ดังนี้ โจทก์ทั้งสามจะมีฐานะเป็น “ผู้ให้เช่า” ของสัญญาเช่าระหว่างนาง พ. ผู้ให้เช่าเดิม กับบริษัท บ. ผู้เช่า โจทก์จึงเป็นผู้ให้เช่าซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ที่มีความจำเป็นต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสามารถใช้สิทธิประโยชน์ตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ผู้มีเงินได้จากการให้เช่าทรัพย์สินไม่ยื่นรายการเงินได้ให้ครบถ้วน ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2528 ได้ กล่าวคือ โจทก์ทั้งสามจึงมีสิทธินำเงินค่าหน้าดินและค่าเช่าที่ได้รับมาเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนปีของอายุการเช่า เป็นเวลา 30 ปี เป็นการล่วงหน้าให้เสร็จสิ้นไปในปีที่ได้รับเงินได้พึงประเมินนั้น และเมื่อถึงกำหนดเวลาการยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ปีภาษี 2554 ในเดือนมีนาคม 2555 โจทก์ทั้งสามย่อมมีสิทธินำเงินได้ตามส่วนที่ได้เฉลี่ยไว้ไปรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้แล้วนำจำนวนภาษีที่ได้เสียไว้มาหักจากภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา⁷ และมีสิทธิขอคืนเงินภาษีอากรประเภทเงินได้บุคคลธรรมดาที่บริษัท บ. หักภาษี ณ ที่จ่ายและนำส่งไว้ตามหนังสือรับรองการหักภาษี ณ ที่จ่าย

ประการที่สาม การที่ศาลฎีกาได้กล่าวถึงประมวลรัษฎากร มาตรา 61 โดยวินิจฉัยเห็นพ้องตามคำให้การของจำเลยว่า โจทก์ทั้งสามยังไม่อาจถือเอาประโยชน์จากค่าหน้าดิน เนื่องจากสิทธิเก็บกินยังไม่มีผลตามกฎหมาย นาง พ. จึงเป็นผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 61 (1) เนื่องจากเป็นเจ้าของทรัพย์สินอันระบุไว้ในหนังสือสำคัญนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 61 เป็นบทบัญญัติเรื่องการประเมินเรียกเก็บภาษีโดยอาศัยหนังสือสำคัญที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานประเมินในการประเมินเรียกเก็บภาษีจากบุคคล “ผู้มีชื่อ” ในหนังสือสำคัญในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) หนังสือสำคัญนั้นแสดงให้เห็นว่าบุคคลผู้มีชื่อนั้นเป็นเจ้าของทรัพย์สินและทรัพย์สินนั้นก่อให้เกิดเงินได้พึงประเมิน หรือ

(2) หนังสือสำคัญนั้นแสดงให้เห็นว่าบุคคลผู้มีชื่อนั้นได้รับเงินได้พึงประเมินแม้บุคคลนั้นจะไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลฎีกาแล้ว จึงพออนุมานได้ว่าเหตุผลประการหนึ่งนอกเหนือจากประเด็นความไม่บริบูรณ์ของสิทธิเก็บกินนั้น ที่ศาลฎีกาเห็นว่าผู้มีเงินได้ตามสัญญาเช่ากรณีนี้คือนาง พ. ส่วนโจทก์ทั้งสามเป็นเพียงผู้รับเงินค่าเช่าแทนนาง พ. เท่านั้น ก็เนื่องมาจากนาง พ. เป็น “ผู้มีชื่อ” ในหนังสือสัญญาเช่าอันเป็นหนังสือสำคัญแสดงว่านาง พ. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาท และที่ดินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดเงินได้พึงประเมินการที่นาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินแก่โจทก์ทั้งสาม จึงอาจถือได้ว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นเพียงการที่นาง พ. โอนเงินได้พึงประเมินให้แก่โจทก์ทั้งสาม ซึ่งการโอนดังกล่าวยังไม่บริบูรณ์ หรือแม้หากบริบูรณ์แล้วนาง พ. ยังคงเป็นผู้ที่อาจถูกเจ้าพนักงานประเมินเรียกเก็บภาษีได้เพราะนาง พ. เป็นผู้มีชื่อในหนังสือสำคัญที่มีสิทธิหักเงินภาษีที่ต้องเสียเมื่อมีการโอนเงินได้พึงประเมินตามสัญญาเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสามนำส่งกรมสรรพากร นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การจะพิจารณาว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็น “ผู้มีเงินได้” ในภาษีบุคคลธรรมดาหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์การรับรู้รายได้เกณฑ์เงินสด (Cash Basis) กล่าวคือบุคคลนั้นจะเป็นผู้มีเงินได้ต่อเมื่อ “ได้รับ” เงินได้พึงประเมิน ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 39 ไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นผู้มีชื่อในหนังสือสำคัญหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นบุคคลที่ถูกเจ้าพนักงานประเมินเรียกเก็บภาษีตามมาตรา 61 หรือไม่ก็ตาม โดยผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าอำนาจของเจ้าพนักงานประเมินตามมาตรา 61 ที่จะประเมินบุคคล “ผู้มีชื่อ” หาได้ตัดอำนาจของเจ้าพนักงานที่จะประเมินเรียกเก็บภาษีจาก

⁷ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, เรื่องเดิม, หน้า 399-400 และ ไพจิตร โรจนวานิช, คำอธิบายประมวลรัษฎากร เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สามเจริญพาณิชย์, 2561), หน้า 1-305-1-306.

“ผู้มีเงินได้ที่แท้จริง” ไม่ ในคดีนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเจ้าพนักงานประเมินย่อมมีสิทธิประเมินเรียกเก็บภาษีจากนาง พ. บุคคลผู้มีชื่อตามสัญญาเช่า หรืออาจจะประเมินเรียกเก็บภาษีจากโจทก์ ทั้งสามซึ่งเป็นผู้รับโอนเงินได้พึงประเมินและเป็นผู้มีเงินได้ที่แท้จริงก็ได้ ดังนั้น หากบริษัท บ. ไม่ได้จ่ายค่าเช่าที่ดินและค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสามโดยตรง แต่จ่ายให้นาง พ. ผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่า จะเป็นไปได้หรือไม่ที่จะตีความว่านาง พ. รับเอาค่าเช่าที่ดินและค่าเช่าไว้ตามสัญญาเช่า**แทน**โจทก์ทั้งสามในฐานะผู้ทรงสิทธิเก็บกิน

ข้อสังเกตเพิ่มเติม นอกจากที่กล่าวไปข้างต้นแล้ว ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตประการสุดท้ายเกี่ยวกับการก่อตั้งสิทธิเก็บกินบนที่ดินพิพาทในประการที่โจทก์ทั้งสามในฐานะผู้ทรงสิทธิเก็บกินจะได้รับเงินได้หรือประโยชน์อย่างอื่นตามสัญญาเช่าจากนาง พ. ซึ่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 40) พ.ศ.2558 หรือที่เรียกว่า ภาษีการรับให้ ได้กำหนดเพดานจำนวนเงินได้ที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมารวมคำนวณเพื่อยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาในกรณีที่เป็นเงินได้ที่ได้รับจากการอุปการะหรือจากการให้โดยเสน่หาจากบุพการี ผู้สืบสันดาน หรือคู่สมรส เฉพาะเงินได้ในส่วนที่ไม่เกินยี่สิบล้านบาทตลอดปีภาษี ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากคดีนี้เกิดขึ้นในปีปัจจุบัน อาจจะพอตีความได้ว่าการที่นาง พ. ทำหนังสือสัญญาให้สิทธิเก็บกินแก่โจทก์ทั้งสามนั้นถือเป็นเงินได้พึงประเมินประเภทตามมาตรา 40 (8) ของโจทก์ทั้งสามที่จะได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมารวมคำนวณตามมาตรา 42 (27) ในส่วนที่ไม่เกินยี่สิบล้านบาทที่ได้รับในปี 2554

บรรณานุกรม

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. คำบรรยายวิชากฎหมายอาญา ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2561.

_____. คำสอนวิชากฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 12 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-
กรุงสยามพับลิชชิ่ง, 2561.

ไพจิตร โรจนวานิช. คำอธิบายประมวลรัษฎากร เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สามเจริญพาณิชย์,
2561.

ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย
สำนักงานกฎหมาย
คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
5. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
7. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง
ศาลยุติธรรม
8. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรณพัฒน์พงศ์
นักวิชาการอิสระ
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ
ศาลรัฐธรรมนูญ
10. รองศาสตราจารย์ทักษมัย ทองอุไร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนกฤต วรณัชชากุล
สำนักงานอัยการสูงสุด
12. อาจารย์ ดร.ธนศ สุจารีกุล
มหาวิทยาลัยรังสิต
13. นายนที จิตสว่าง
สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
14. นายนิรุฒ มณีพันธ์
ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน)
15. นางปิยนุช มนุรังสรรค์
ศาลยุติธรรม
16. นายประกาศ คงเอียด
กระทรวงการคลัง
17. นายประเสริฐ เสียงสุทวิวงศ์
ศาลยุติธรรม
18. นายปิยะ ครุฑเดชะ
Baker & McKenzie Ltd.
19. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี
นักวิชาการอิสระ
20. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
21. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ
กระทรวงการคลัง
22. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
23. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
24. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
25. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
26. นายวรวุฒิ ทวาทสิน
ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ
ศาลยุติธรรม
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง
30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล
31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์
32. นายสมชัย ทิฆมาอุตมากร
33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช
34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล
35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล
36. ดร.สมบูรณ์ เสี่ยงมบุตร
37. นายสราวุธ เบญจกุล
38. นายสอนชัย สิริรายกุล
39. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ
40. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร
41. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ
42. นายกฤดา กฤติยาโชติปกรณ

Weerawong, Chinnaval & Partner Ltd.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
สำนักงานอัยการสูงสุด
ศาลยุติธรรม
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
นักวิชาการอิสระ
ศาลยุติธรรม
ศาลยุติธรรม
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
กระทรวงการคลัง
มหาวิทยาลัยขอนแก่น
กรมสรรพากร

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุนนาค
2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย
3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน
4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์
5. นายสงวน ตียะไพบูลย์สิน

ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์
สำนักงานกฎหมาย
คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด
นักวิชาการอิสระ
มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บรรณาธิการ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิชา ภัคคีติก

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กองบรรณาธิการ

1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย
2. รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณ
3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ลิ้มปิติระ

มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฐาณู ศิริฤทธิ์วัฒนา | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายณัฏฐิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์กะ | ศาลยุติธรรม |
| 9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 12. นายวรุฒิ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) |
| 14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอาริยะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
10240 โทร 02-310-8201, 086-685-9111 โทรสาร 02-310-8201 Email: lawjournal@ru.ac.th
Website: www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าน้ำกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า เนื้อหาที่มีความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. **ชื่อบทความ** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา หากเป็นบทความที่เรียบเรียงจากโครงการวิจัย ให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายชื่อบทความภาษาไทยด้วย เพื่อระบุชื่อโครงการวิจัย แหล่งทุนที่ได้รับอุดหนุนการวิจัย

2. **ชื่อผู้นิพนธ์** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุหน่วยงานต้นสังกัด คุณวุฒิการศึกษา ตามด้วย E-mail ติดต่อ โดยให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้า ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ

3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป

4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ

5. **หัวเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป

6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

คำว่า “เชิงอรรถ” ให้จัดด้านล่างหน้ากระดาษ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณานุกรมโดย.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่ พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์)/เลขหน้า.

- ผู้เขียนบทความ/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,ชื่อสถาบัน,ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน,/ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับ หลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย** .../เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,ชื่อสถาบัน,ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย/ชื่อรายงานวิจัย/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย./เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี). สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วัน เดือน ปี.

- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]/ที่มา:ที่มาของสารสนเทศ/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).

- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ห้อง 2402 อาคาร 2 ชั้น 4 ศูนย์บริการและให้ความช่วยเหลือสังคมทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ E-mail: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้พิมพ์
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่
5. ผู้พิมพ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด
6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชาจากภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้พิมพ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. เมื่อผู้นิพนธ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้นิพนธ์ในลำดับถัดไป

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่ตรวจสอบและพิจารณาคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการต้องมีการตรวจสอบการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยใช้โปรแกรมที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในแวดวงวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจง เพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.4 การปฏิเสธการตีพิมพ์บทความโดยบรรณาธิการจะต้องไม่ได้มาจากเหตุจากความสงสัยหรือความไม่แน่ใจ และต้องให้โอกาสแก่ผู้นิพนธ์ หาหลักฐานมาพิสูจน์ข้อสงสัยนั้นๆ เสียก่อน

1.5 บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้นิพนธ์ และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ

1.6 บรรณาธิการต้องตัดสินใจคัดเลือกบทความตีพิมพ์หลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องไม่ตีพิมพ์บทความที่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่นมาแล้ว

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้นนั้น ต้องเป็นผลงานใหม่และไม่ได้อยู่ระหว่างการส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์

2.2 หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตนผู้นิพนธ์ต้องแสดงการอ้างอิงผลงานนั้นให้ปรากฏในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยให้ถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ที่มีชื่อปรากฏในบทความทุกคน จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยปราศจากการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 หากเป็นบทความวิจัยผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัย

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความตระหนักว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่นๆ ที่ทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้นๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขานั้นๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยปราศจากความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความ

3.3 ผู้ประเมินบทความต้องระบุผลงานวิจัยที่สำคัญๆ และสอดคล้องกับบทความที่กำลังประเมิน แต่ผู้นิพนธ์ไม่ได้อ้างถึงเข้าไปในการประเมินบทความด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่นๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ



สำนักพิมพ์

พิมพ์ที่...สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Ramkhamhaeng University Press

๒๐๘๖ ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ ๑๐๒๔๐

โทร. ๐-๒๓๑๐-๘๗๕๗-๙ www.rupress.ru.ac.th

สพ.19311